

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO

**"MATERIA TRIBUTARIA EN LOS TRATADOS
INTERNACIONALES DE INVERSIONES:
PERSPECTIVAS Y CONSIDERACIONES"**

CLAUDIA HELENA SALGADO LEVY

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Claudia Salgado Levy
26 de septiembre de 2007*

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO

**"MATERIA TRIBUTARIA EN LOS TRATADOS
INTERNACIONALES DE INVERSIONES:
PERSPECTIVAS Y CONSIDERACIONES"**

CLAUDIA HELENA SALGADO LEVY

Dr. Gustavo Guerra Bello
TUTOR DE TESIS

QUITO, 2007

ABSTRACT

En busca de un mayor desarrollo económico, los Estados han optado por suscribir instrumentos internacionales que fomenten y liberen los flujos de inversión extranjera directa en sus territorios. Estos acuerdos internacionales, a la vez que promueven las inversiones, proporcionan un marco jurídico dentro del cual los Estados partes del acuerdo se comprometen a cumplir y respetar determinados principios y normas protectoras del inversionista. Además, estos instrumentos internacionales están generalmente dotados de una cláusula para someter las diferencias Estado-Inversor al arbitraje obligatorio.

Por la importancia de este tipo de tratados, por su acelerada proliferación y por las repercusiones que puede tener la suscripción de cláusulas arbitrales “without privity”¹ en las políticas internas de los Estados, es indispensable que éstos regulen detenidamente los aspectos intrínsecos a su soberanía durante la suscripción o renegociación de los referidos instrumentos.

En lo referente a la materia tributaria, la experiencia y la casuística, existentes al respecto, han demostrado que su falta de regulación o somera regulación puede generar a los Estados signatarios de los tratados graves inconvenientes y limitaciones en el manejo de su política fiscal frente a la inversión extranjera. En efecto, los inversores podrían sentirse vulnerados en sus derechos convencionales con la adopción de medidas tributarias o de una nueva política fiscal por parte del Estado receptor y podrían, en consecuencia, exigir el respeto de aquellos derechos. En última instancia, podrían someter las diferencias originadas por cuestiones tributarias al arbitraje internacional, distrayéndolas de su fuero originario, que son las cortes tributarias locales. Lo anterior podría ocurrir en detrimento de una de las facultades inherentes a la soberanía estatal, que es la potestad tributaria, la cual además resulta imprescindible para solventar el gasto público y para alcanzar determinados objetivos particulares de desarrollo nacional. Dentro de este contexto, el presente trabajo procura exponer y analizar ciertas cuestiones en torno a la importancia y necesidad de regular e incluso excluir la materia fiscal de la aplicación de los tratados internacionales de inversión.

¹ Término que significa que los Estados han expresado su consentimiento general para someter disputas al arbitraje internacional. Es una oferta pública para arbitrar de acuerdo con Gabriela Álvarez Ávila, Secretaria General del CIADI.

DEDICATORIA

*Dedico este trabajo de investigación a
mis padres, a mi hermano y a Santiago.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todos quienes me apoyaron en mi labor investigativa y me alentaron para terminar con ella. Especial testimonio de gratitud a mis padres; a mi Jefe, Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, M.Sc.; y, a mi Tutor, Dr. Gustavo Guerra Bello, quienes, con su valiosa ayuda, aliento y estímulo incondicionales, me incentivaron a continuar con mi formación profesional.

También agradezco a todos mis profesores y compañeros de la Universidad Andina Simón Bolívar por haber hecho de las clases un lugar cálido, lleno de conocimientos y amistad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

- 1.1 Nociones generales
- 1.2 Los tratados sobre inversiones en el Ecuador
- 1.3 Análisis de las cláusulas modelos en los tratados para la promoción y protección de las inversiones
- 1.4 La cláusula arbitral y las posibles opciones para someter la controversia al arbitraje internacional
 - 1.4.1 El CIADI
 - 1.4.2 Arbitraje bajo las reglas CNUDMI

CAPITULO II

REGULACIÓN DE LA MATERIA TRIBUTARIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

- 2.1 Exclusión total de los asuntos tributarios del ámbito de aplicación de los tratados internacionales sobre inversiones
- 2.2 Limitación de los asuntos tributarios del ámbito de los tratados internacionales de inversiones
- 2.3 Inclusión de incentivos tributarios en los tratados internacionales de inversiones

CAPITULO III

OMISIÓN DE CUESTIONES TRIBUTARIAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

- 3.1 Consideraciones generales
- 3.2 Aplicación de la cláusula de ámbito general

3.3 Cláusulas de estabilización fiscal

CAPITULO IV

SOMETIMIENTO DE MATERIA TRIBUTARIA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL SOBRE LA BASE DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES

4.1 Aspectos generales sobre el arbitraje internacional en materia de inversiones

4.2 Arbitraje internacional en materia tributaria y política fiscal de los Estados

4.3 La potestad tributaria y el arbitraje tributario en el Ecuador

4.4 Algunos casos de interés

4.5 Repercusiones del arbitraje internacional en materia tributaria sobre la política fiscal de los Estados

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

MATERIA TRIBUTARIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES: PERSPECTIVAS Y CONSIDERACIONES

INTRODUCCIÓN.-

Debido a que la inversión extranjera permite el crecimiento y el desarrollo de los países receptores de ésta, hay cada vez un mayor interés por parte de los Estados para promover reformas y adoptar medidas que creen un entorno más estable, transparente y previsible que contribuya a la atracción de la inversión extranjera directa (IED). Si bien estas reformas y medidas son necesarias, la adopción de instrumentos internacionales para la promoción y protección de las inversiones son, al parecer, las herramientas más efectivas para el fomento y la atracción de la inversión extranjera directa, ya que establecen un verdadero marco dentro del cual las inversiones están garantizadas y protegidas de posibles riesgos políticos².

Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo –UNCTAD, por sus siglas en inglés- existe una rápida proliferación de este tipo de tratados internacionales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras. De estos instrumentos, los más comunes son los Tratados Bilaterales de Inversiones -también TBI o Bilateral Investment Treaty (BIT) en inglés-, de los cuales, hasta el año 2006, ya habían sido concluidos 2.572 entre más de 176 países alrededor de todo el mundo. Además, hay centenas de Acuerdos de Inversión y Comercio Preferencial, suscritos entre países o regiones enteras, que también contienen cláusulas sustantivas en materia de inversiones.³

² UNCTAD, *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*; pág. 228. Disponible en www.unctad.org.

³ UNCTAD, *Formulación de Normas Internacionales en Materia de Inversión*; pág. 4.

El objetivo primordial de este tipo de tratados es promover las inversiones extranjeras, mediante una protección jurídica efectiva a quienes toman la decisión de invertir en un país foráneo. Esta protección consiste en la fijación un marco jurídico, dentro del cual los Estados partes del acuerdo se comprometen a cumplir y respetar determinados principios y normas protectoras del inversionista, tales como: el dar al inversor un trato similar al otorgado a los nacionales (trato nacional); el reconocer al inversor de un Estado las mismas ventajas que las otorgadas a aquéllos de otros países (nación más favorecida); el proporcionar al inversor extranjero un trato justo, equitativo y no menos favorable que el reconocido por el derecho internacional; el abstenerse de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias contra el inversor; asegurar una justa, adecuada y efectiva compensación en caso de expropiación de bienes del inversor, entre otras.

Los tratados para la protección y promoción de las inversiones generalmente suelen contener otra particularidad: están provistos de una cláusula arbitral, mediante la cual los Estados partes otorgan su consentimiento, a priori y de forma general, para someter al arbitraje internacional cualesquiera o determinadas controversias que pudieren surgir a raíz de una inversión. De esta manera, los tratados en cuestión generan no solo una serie de obligaciones para los Estados partes, sino también derechos para sus inversionistas, quienes pueden exigirlos asiduamente y en caso de considerarse afectados, por el incumplimiento de obligaciones convencionales por parte del Estado receptor de las inversiones, pueden recurrir al arbitraje internacional para ventilar las diferencias surgidas por tal incumplimiento.

Estos instrumentos internacionales, a la vez que fomentan la inversión extranjera, han pretendido eliminar las arbitrariedades que determinados Estados cometían con inversores extranjeros, ya sea prodigándoles un trato desigual e incluso

confiscando sus bienes sin reconocerles una justa compensación. No obstante, la falta de claridad o la excesiva generalización de determinados aspectos dentro de estos acuerdos, ha hecho que su ámbito de aplicación sea muy extenso y difuso, llegando incluso a tutelar en demasía los derechos de los inversionistas, al punto de que los Estados receptores de la inversión ven limitado su campo de acción en temas de medio ambiente, de orden público, de salubridad y de seguridad pública.

Uno de aquellos temas que atañen el orden público y es de trascendental importancia para los Estados es la materia fiscal, cuya falta de regulación o somera regulación puede generar a los Estados signatarios de los tratados graves inconvenientes y limitaciones en el manejo de su política fiscal frente a la inversión extranjera. Limitaciones que serían, sin duda alguna, restricciones a la soberanía de los Estados y a una de sus facultades más inherentes, como es la potestad tributaria.

La experiencia y la casuística existentes al respecto han demostrado que dependiendo de las condiciones en que los Estados partes negocian, e incluso redactan dentro de estos tratados lo referente al ámbito fiscal, éstos comprometen en mayor o menor grado su potestad tributaria, la cual, a más de ser una facultad propia de cada Estado, resulta imprescindible para solventar el gasto público y para alcanzar determinados objetivos particulares de desarrollo nacional.

De igual forma, una inadecuada regulación del ámbito tributario en los tratados de inversiones, puede originar, y de hecho ha originado, un sinnúmero de controversias entre los inversores y los Estados receptores; controversias que han llegado a ser distraídas de la jurisdicción y competencia internas del Estado receptor de la inversión, pese a referirse a asuntos de su soberanía, para ser llevadas y ventiladas ante tribunales internacionales privados de arbitraje.

En efecto, la falta de claridad y precisión en ciertos términos de los tratados internacionales de inversiones puede dar lugar a que su interpretación sea variada e incluso muy subjetiva, estableciendo mayores obligaciones para los Estados partes de las que en principio ambicionaron comprometer. A manera de ejemplo, se pueden citar algunas disposiciones -de carácter muy general- contenidas en los tratados de inversiones, las cuales prescriben que *“cada una de las Partes Contratantes promoverá y creará condiciones favorables en su territorio, para las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”* y que brindarán *“protección y seguridad totales y constantes”* y también *“ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará mediante medidas irrazonables, arbitrarias o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, goce, adquisición o enajenación de inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante”*⁴

Mediante cláusulas como éstas los inversores extranjeros pueden incluso llegar a considerar que cualquier modificación ulterior de la legislación fiscal del Estado receptor, por más ejercicio soberano que represente para éste, implica una afectación de su expectativa de ganancia y, por lo tanto, de sus inversiones. Como consecuencia de aquello, una modificación de la política fiscal interna del Estado receptor puede llegar a ser interpretada como un quebrantamiento de los derechos del inversor protegidos por el tratado, por lo que, sobre la base de esta interpretación subjetiva, la diferencia surgida al respecto podría ser sometida al arbitraje internacional.

Tomando en consideración que, por una parte, las negociaciones para alcanzar la suscripción de nuevos acuerdos internacionales relativos a la inversión son intensas y envuelven a países con diversos grados de desarrollo, y que, por otra parte, la tendencia a la renegociación de este tipo de tratados ya existentes ha aumentado

⁴ Artículo 2 del Convenio de Inversión Extranjera celebrado entre la República del Ecuador y Finlandia. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

considerablemente, existiendo un total de 109 TBI renegociados hasta mediados de 2007, de los cuales 13 tratados fueron renegociados en el año 2006⁵, resulta imprescindible que los Estados analicen la conveniencia o no de incluir la materia tributaria dentro del ámbito de aplicación de estos instrumentos internacionales de inversiones (TII).

Dentro de este contexto, el objeto del presente trabajo es exponer algunas reflexiones y consideraciones, sobre la base de la interpretación jurídica de los tratados internacionales para la promoción y protección de las inversiones existentes y de la casuística, en torno a las posibles implicaciones para los Estados de suscribir estos instrumentos internacionales sin prestar mayor atención a la materia tributaria. Así, este trabajo aspira demostrar la importancia y necesidad de regular e incluso excluir la materia fiscal de la aplicación de los tratados internacionales de inversión.

Con este propósito, me referiré, en primer lugar, a los aspectos generales de los tratados para la protección de las inversiones, la finalidad que éstos persiguen y como se encuentran estructurados, poniendo especial énfasis en la cláusula arbitral que la mayoría de éstos contiene. En segundo lugar, analizaré algunas de las limitaciones y exclusiones que, en materia tributaria, se pueden establecer en dichos tratados, en especial de la aplicación de los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Con esta finalidad, tomaré, como base para mi análisis, ejemplos de cláusulas que o bien limitan o bien excluyen los aspectos fiscales del ámbito de aplicación de estos instrumentos internacionales. Asimismo, en este capítulo haré algunas puntualizaciones sobre la posible inclusión de cláusulas de incentivos tributarios. En tercer lugar, examinaré las potenciales consecuencias de aquellos tratados que no hacen alusión expresa a la materia tributaria, refiriéndome en lo principal a la aplicación de las

⁵ Op. cit. pág. 3.

cláusulas de ámbito general y a las cláusulas de estabilización. Por último, abordaré las posibles implicaciones que puede acarrear para la política fiscal de los Estados el hecho de que la materia tributaria sea sometida al arbitraje internacional, en aplicación de los tratados de inversiones. En esta sección expondré cuestiones sobre el arbitraje internacional en materia de inversiones, con especial énfasis en cuestiones tributarias y la ilustraré con casos arbitrales de interés.

CAPÍTULO I

LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

1.1.- Nociones generales

Las inversiones extranjeras existen desde la antigüedad. En la época de los faraones, en Egipto, los comerciantes invertían más allá de las fronteras para extraer ciertos minerales. Los fenicios, por su parte, invertían fuertes capitales en Israel durante el reino de Salomón para que los israelitas puedan proveerse del material para la construcción de su templo.

Hasta mediados del siglo XIX, el flujo de inversión extranjera indirecta era más importante que el de inversión extranjera directa⁶. Fueron los desarrollos tecnológicos y el surgimiento de transnacionales los que originaron grandes flujos de inversión extranjera directa, haciendo que esta se vuelva relevante: las empresas de los países desarrollados entraron a Latinoamérica y a otros países en vías de desarrollo para dotarlos de infraestructura -tales como carreteras, telecomunicaciones, energía- aportando su experticia y capital. Asimismo, éstas incursionaron en la explotación de recursos naturales fuera de sus países de constitución.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, muchos países, basados en el principio de soberanía territorial, nacionalizaron sus recursos naturales y reestructuraron la tenencia de la tierra, lo cual ocasionó la expropiación de inversiones extranjeras. Además, los países socialistas limitaron, excluyeron e incluso prohibieron las inversiones extranjeras directas⁷.

⁶ UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*; 2006. Introducción.

⁷ R. Doak Bishop, James Crawford y Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes*, 2005. Capítulo 1.

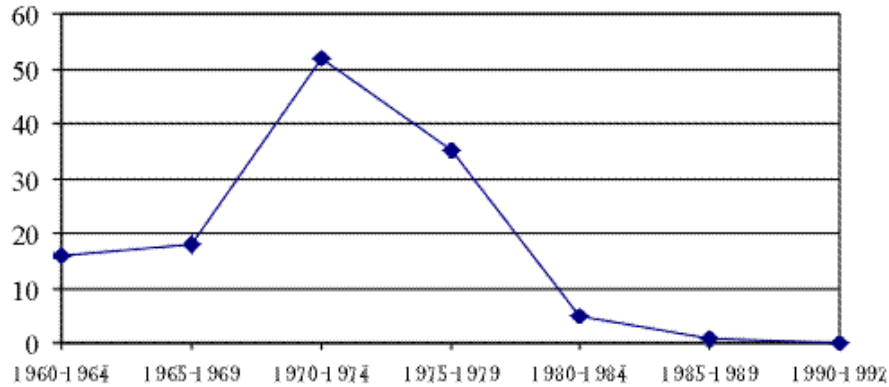
Ante estas situaciones, los países cuyos inversionistas eran agraviados empezaron a ejercer presión diplomática para proteger a sus nacionales, sin lograr mayores resultados. Esto, debido a que las inversiones extranjeras directas abarcaban primordialmente las relaciones entre inversores extranjeros y los Estados receptores de esta inversión, por lo que, en un primer momento, estas inversiones eran únicamente reguladas a nivel interno (a través de leyes y regulaciones nacionales). Si los Estados querían atraer la inversión, ofrecían, por ejemplo, incentivos tributarios y otras medidas beneficiosas para los inversionistas, de lo contrario se reservaban su derecho de controlar sus recursos naturales y las actividades económicas claves para el país.

El Derecho Internacional lidiaba sobre todo con problemas excepcionales de expropiación y responsabilidad de los Estados por la violación del Derecho Internacional. Los principios internacionales reconocidos para entonces eran: el de soberanía territorial, mediante el cual los Estados tenían jurisdicción exclusiva sobre las personas y los bienes dentro de su territorio; y, el principio de nacionalidad, mediante el cual los Estados exigían que en el extranjero se tratara a sus ciudadanos de la misma manera que a los nacionales.

A continuación se exhibe un gráfico (gráfico 1) que refleja el incremento de casos de expropiación y de nacionalización de propiedad extranjera ocurridos en todo el mundo, por determinados períodos, habiendo sido entre 1970 y 1974, cuando más casos de expropiación y nacionalización se produjeron (más de 50 casos):

Gráfico 1: número de medidas de nacionalización y expropiación por el período 1960-1992.⁸

⁸ UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I, 2004. Pág. 7



Fuente: UNCTAD, 1993, p 17.

Como reacción en contra de las expropiaciones nacieron los primeros esfuerzos para la protección internacional de las inversiones extranjeras. Surgió la doctrina Calvo por la cual los inversores extranjeros debían tener el mismo tratamiento que el recibido por los nacionales, y debían ser las cortes locales quienes resuelvan las diferencias que surgiesen con los referidos inversores extranjeros. Asimismo, se empezó a hablar sobre el derecho a la propiedad, el derecho a una compensación justa en caso de expropiación, todo lo cual se incluyó en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Además, surgieron los primeros esbozos de instrumentos internacionales para salvaguardar la propiedad extranjera y para implantar métodos de solución de controversias relativas a las inversiones. Lamentablemente la mayoría de aquellos esfuerzos fracasaron. A manera de ejemplo, se pueden citar los siguientes instrumentos:

- La *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo*, celebrada en La Habana (Cuba) en 1947, adoptó la Carta de La Habana para una

Organización Internacional de Comercio, que tenía por objeto el establecimiento de una organización multilateral de comercio⁹.

- El *Convenio Económico de Bogotá*, suscrito en 1948 por los Estados Americanos, en la Novena Conferencia Internacional Americana, dedica el Capítulo IV a las Inversiones Privadas y el Capítulo XI al Ajuste de Controversias Económicas. Este Convenio no ha entrado en vigencia debido a que, todavía, las dos terceras partes de sus signatarios no han depositado sus ratificaciones.¹⁰

Asimismo, los Organismos Internacionales propusieron la adopción de conductas estandarizadas de las transnacionales, tales como la adopción (no vinculante) del *Código Internacional de Conducta para Transaccionales* liderada por la OCDE y la *Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales*, igualmente sugerida por la OCDE en 1976. Esta incluía una serie de recomendaciones para las empresas pero no para los gobiernos, en torno al respeto de las leyes y regulaciones nacionales y estándares de conducta a seguir. Igualmente, el *Código de Conducta* elaborado por la Organización de las Naciones Unidas para corporaciones transnacionales, el cual nunca fue adoptado.

Con el afán de otorgar una protección más avanzada al inversor, los Estados empezaron a negociar y suscribir los primeros acuerdos internacionales cuyo objeto es exclusivamente la promoción y protección de las inversiones extranjeras. El primer tratado bilateral para la promoción y protección de las inversiones fue firmado en 1959

⁹ Tomado de la página web de la Organización Mundial de Comercio, textos jurídicos anteriores al establecimiento de la OMC. Disponible en www.wto.org.

¹⁰ Ver Oficina de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos, *Tratados Multilaterales*. Disponible en www.oas.org.

entre Alemania y Pakistán¹¹. Posteriormente, otros países europeos también comenzaron a negociar y suscribir Tratados Bilaterales de Inversiones- TBI.

Asimismo, en 1965 fue redactada la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, con el auspicio del Banco Mundial, también conocida como la Convención de Washington. Este instrumento fue pensado para resolver posibles controversias entre uno de los Estados Contratantes y los inversionistas nacionales del otro Estado Contratante mediante métodos de arreglo de diferencias, aparentemente mejores que los sistemas procesales nacionales, Esta Convención entró en vigencia en 1996 y creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones- CIADI-, al cual se le otorga jurisdicción para conocer cualquier diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante –o cualquier subdivisión política o entidad pública- y el nacional del otro Estado Contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterse a dicho Centro.

Esta Convención, contrariamente a los anteriores instrumentos, tuvo mucho éxito y actualmente se han adherido a ésta 156 Estados, de los cuales 144 ya han depositado sus instrumentos de ratificación.¹²

Hechos que marcaron el siglo XX, como el fin de la guerra fría, el colapso del bloque comunista, la apertura de un nuevo mercado internacional globalizado, la eliminación de medidas y restricciones a los mercados, y la incursión acelerada de grandes transnacionales hicieron que los flujos de inversión directa se consolidaran. En consecuencia, los países, conscientes de la importancia de la inversión extranjera para su desarrollo y crecimiento económico, adoptaron nuevas políticas para atraer inversión extranjera.

¹¹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*; New York y Ginebra, 2007; Introducción, s/p.

A nivel interno, los Estados adoptaron leyes y medidas, incluyendo incentivos tributarios. A manera de ejemplo, el Gráfico 2 muestra el número de países que, desde 1991, introdujeron cambios, ya sean favorables o desfavorables, a su régimen jurídico interno para atraer la inversión extranjera directa:

Gráfico 2: Cambios del marco interno relativo a inversiones¹³:

Item	1991	1995	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Number of countries that introduced changes in their investment regimes	35	64	60	63	69	71	70	82
Number of regulatory changes of which:	82	112	145	140	150	208	248	244
More favourable to FDI ^a	80	106	136	131	147	194	236	220
Less favourable to FDI ^b	2	6	9	9	3	14	12	24

Source: UNCTAD, 2004a, p. 8.

^a Including liberalizing changes or changes aimed at strengthening market functioning, as well as increased incentives.

^b Including changes aimed at increasing control as well as reducing incentives.

A manera de ejemplo de lo indicado, los Estados Unidos de América, en miras de proteger y asegurar contra riesgos políticos a sus nacionales que decidan invertir en el extranjero, creó, a inicios de los años 70, un régimen llamado Corporación Privada de Inversiones en el Extranjero (Overseas Private Investment Corporation- OPIC-). Así, entre 1981 y 1984 esta Corporación emitió un total de 12.8 billones de dólares por cobertura de seguro de 438 proyectos de inversión. Hasta 1984, OPIC pagó, garantizó o indemnizó por más de 445.5 millones de dólares a 187 solicitudes de seguro¹⁴.

¹² Ver: www.worldbank.org/icsid/

¹³ UNCTAD, *International Investment Agreements*; op. cit. Pág. 13.

¹⁴ Overseas Private Investment Corporation, Annual Report 1984; OPIC. También en: *International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World*, por Adeoye Akinsanya, pág. 68. Siguiendo este modelo, con auspicio del Banco Mundial, fue creada en 1985 la Agencia de Garantía de Inversiones Multilaterales, (Multilateral Investment Guarantee Agency- MIGA-), la cual también ayudó para el

Por otra parte, los Estados profundizaron su política internacional a favor de las inversiones: los Estados empezaron a suscribir desmesuradamente tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones.

A nivel latinoamericano, fue Estados Unidos el primero que empezó a negociar los TBI a comienzos de 1980. En 1982 formuló su modelo de Tratado Bilateral de Inversiones -el cual ha sido actualizado varias veces- y emprendió una fuerte campaña para que los países receptores de inversiones provenientes de nacionales estadounidenses suscriban tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones. Previamente, las cuestiones de inversiones extranjeras privadas eran reguladas colateralmente por tratados llamados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (Friendship, Commerce and Navigation Treaties). Así, el primer FCN fue negociado con Francia con Benjamín Franklin, justo después de la declaración de independencia americana¹⁵.

El número de TBI celebrados se incrementó dramáticamente en los años 90s: de 385 instrumentos celebrados hasta el año 1989 a 2572 TBI hasta finales del año 2006, entre más de 176 países alrededor de todo el mundo¹⁶, siendo India, China, Egipto, Rumania y Polonia 5 de los países que más TBI han suscrito.¹⁷

Sin embargo, estos instrumentos no son los únicos que sirven para promover y proteger la inversión. Los convenios para evitar la doble tributación (CDT) también juegan un rol importante en la promoción de las inversiones, ya que fomentan la expansión de las transnacionales a otros territorios dentro de los cuales éstas estarán exentas del pago doble de tributos en la realización de una misma actividad. En otras

crecimiento de la inversión extranjera directa, y permite que determinados inversores adquieran un seguro contra riesgos políticos tales como inconvertibilidad de la moneda, expropiación o guerras.

¹⁵ Paul Comeaux y Stephan Kinsella, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clause and MIGA and OPIC Investment Insurance*; Pág. C2-3

¹⁶ UNCTAD, *Formulación de Normas Internacionales en Materia de Inversión*; 22 de mayo de 2007; Pág. 3 y ss.

¹⁷ UNCTAD, *Taxation*; New York y Ginebra 2000; pág. 25.

palabras, las transnacionales amparadas por CDT evitarán que sus rentas sean gravadas doblemente, tanto en el país del domicilio como en el de la fuente, mediante reconocimiento de un crédito tributario del impuesto a la renta pagado en el extranjero o con la exoneración de pago del valor causado en uno de los Estados contratantes. Estos convenios alcanzaron la cifra de 2651 a finales del año 2006, involucrando a 182 países.¹⁸

En tiempos pasados, los TBI eran suscritos entre países desarrollados y países en vía de desarrollo para proteger las inversiones de los riesgos políticos, mientras que los convenios para evitar la doble tributación eran firmados entre países desarrollados. Sin embargo, en la actualidad, ambos están siendo negociados y firmados por países desarrollados y en vía de desarrollo (Gráfico 3).

Gráfico 3: TBI por país y por región al 2002¹⁹

Región	Número de TBI	Economía	Promedio de TBI / Economía
Países desarrollados	1170	26	45
Países en desarrollo	1745	150	12
África	533	53	10
América Latina y el Caribe	413	40	10
Asia y el Pacífico	1003	57	18
CEE	716	19	38

Source: UNCTAD, BITs databases)

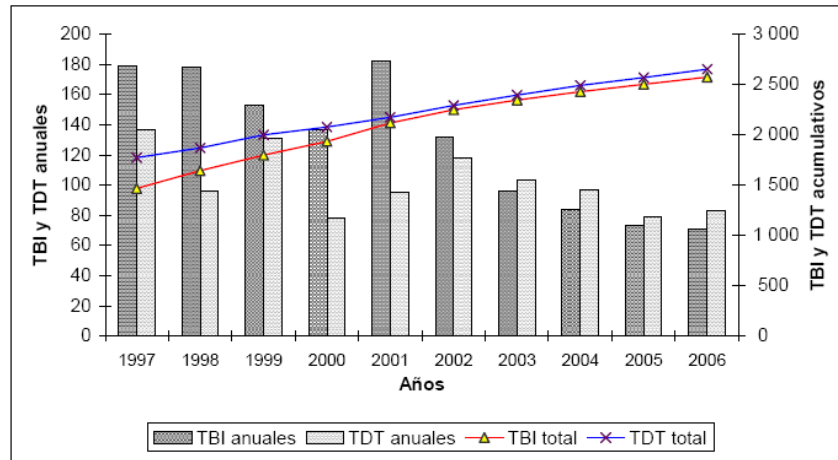
¹⁸ UNCTAD, *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*; Pág. 3.

¹⁹ Art. cit. supra 16. Pág.7.

Asimismo, ambos se han proliferado de una manera considerable y casi a la par, tal como se desprende del siguiente Gráfico 4.

Gráfico 4²⁰:

Número acumulado y anual de TBI y TDT suscritos, 1996 a 2006



Fuente: UNCTAD (www.unctad.org/ia).

Un tercer tipo de instrumentos internacionales que regulan cuestiones relativas a inversiones son los acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP). Estos acuerdos son generalmente acuerdos de libre comercio, acuerdos de asociación económica más estrecha, acuerdos de integración regional o acuerdos marco sobre cooperación económica. Además, pueden ser bilaterales, regionales o multilaterales. Lo importante es que contengan provisiones sustantivas en materia de inversiones. Como ejemplo, se puede citar los acuerdos celebrados entre: la República de Corea y Singapur; Estados Unidos y Perú; Taiwán y Guatemala; Estados Unidos y Oman; México y Bolivia; Colombia, México y Venezuela; Mexico y El Salvador; Chile y México; Chile y América Central; el Acuerdo de Asociación Económica entre el Japón y Filipinas, etc.

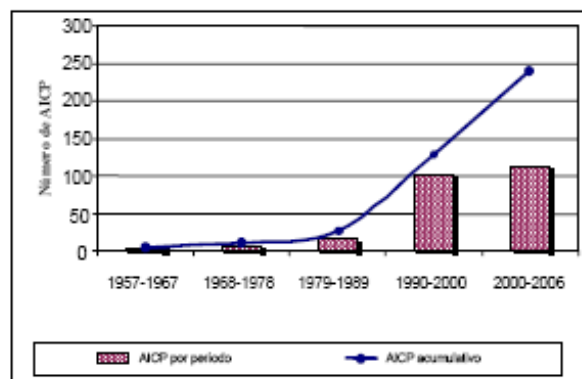
²⁰ UNCTAD, *Formulación de Normas Internacionales en Materia de Inversión*; op. cit.; Pág. 4.

Acuerdos a nivel regional de trascendental importancia para los países que los integraron son: el Acuerdo de Norteamérica para el Libre Comercio (NorthAmerica Free Trade Agreement- NAFTA-) y el Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (ACELC), el cual consolidó más de 30 acuerdos de libre comercio de carácter bilateral²¹.

A nivel multilateral, se puede enumerar los siguientes acuerdos: Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS); Acuerdo sobre Comercio de Aspectos de Propiedad Intelectual y el Acuerdo en Comercio Relacionado con Medidas de Inversión; Acuerdo de Cooperación Económica entre Asia y el Pacífico; y, la Organización Mundial de Comercio.

La negociación de este tipo de instrumentos internacionales está cobrando cada vez mayor impulso. Tan solo durante el año 2006, se suscribieron 18 nuevos AICP, que abarcaron 62 países. A finales del año 2006, el número total de estos AICP llegó a 241²².

Gráfico 5: Crecimiento de los AICP desde 1957 a 2006, en números



Fuente: UNCTAD.

²¹ UNCTAD, *Formulación de Normas Internacionales en Materia de Inversión*; Op. cit.; Pág. 5.

²² *Ibíd.*; Pág. 5.

Una importante diferencia entre los TBI, los tratados de libre comercio contentivos de cláusulas sobre inversiones y los convenios para evitar la doble tributación es que los dos primeros generalmente contienen una cláusula arbitral para la solución de las controversias que se llegasen a presentar en materia de inversión, tanto entre los Estados partes (para cuestiones de aplicación e interpretación del tratado) como entre Estados y particulares (por supuestas violaciones al tratado). En cambio, la gran mayoría de los convenios sobre doble tributación no contienen este tipo de cláusula salvo unas pocas excepciones, las cuales serán abordadas con mayor detenimiento en uno de los acápite subsiguientes de este capítulo.

Además, cuando los convenios de doble tributación prevén una cláusula arbitral, generalmente lo hacen para que sean los Estados partes quienes se sometan a este mecanismo de solución de controversias. Muy excepcionalmente, estos convenios prevén la posibilidad de que el contribuyente sea quien pueda llevar a uno de los Estados partes al arbitraje. Esta diferencia se puede explicar por la naturaleza misma de los tratados de inversión, los cuales tienen como finalidad proteger al inversionista extranjero y dotarlo de mecanismos alternativos para que pueda solucionar las controversias jurídicas que surjan directamente de su inversión. Por este mismo motivo, la mayoría de los tratados de inversión contienen el consentimiento genérico y por anticipado de los Estados Partes para someterse al arbitraje, lo cual también es conocido como una “oferta abierta” para arbitrar. Sin una cláusula tal, estos tratados no cumplirían su principal finalidad.

Debido a su esencia, a su estructura similar y a su gran proliferación, los TBI siguen siendo los instrumentos más importantes a nivel internacional en materia de inversiones, motivo por el cual se dará un mayor énfasis al contenido de éstos.

1.2.- Los tratados sobre inversiones en el Ecuador

El Ecuador procuró el establecimiento de normas claras y de un marco jurídico e institucional estable para atraer y fomentar la participación activa de la inversión porque sabe que los flujos de inversión directa extranjera contribuyen al crecimiento y al desarrollo del país. Así, a nivel doméstico, el artículo 271 de la Constitución Política del Ecuador establece lo siguiente:

“El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.

La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.

El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.”

Asimismo, el Congreso Nacional expidió una Ley de Promoción y Garantía de Inversiones²³, en la que fomenta la participación activa de la inversión nacional y de la extranjera, obligándose el Estado a dar todo su apoyo, asistencia a través de normas claras para que los inversionistas puedan desarrollar sus iniciativas de inversión. Esta Ley regula los derechos y las obligaciones de los inversionistas para que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social del país; declara como prioridad nacional a la inversión en los sectores productivos y de servicios y establece los órganos que conforman el Sistema Nacional de Promoción de Inversiones, los

²³ Ley 46, Registro Oficial No. 219 de 19 de diciembre de 1997.

cuales, entre otras funciones, formulan y ejecutan las políticas nacionales para promover y atraer la inversión nacional y externa.

En cuanto al régimen tributario cabe recalcar que el artículo 256 de la Constitución Política dispone que las leyes tributarias estimularán la inversión y la reinversión. Además, la Ley de Inversiones²⁴ señala que la inversión extranjera directa, subregional o neutra, debidamente registrada, gozará de estabilidad tributaria de acuerdo a las normas y condiciones establecidas en la referida Ley. Esto significa que los inversionistas extranjeros tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento -por un período determinado- de la tarifa aplicable del impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión.

A nivel de política internacional, el Gobierno ecuatoriano accedió a celebrar tratados bilaterales de inversiones para la promoción y protección recíproca de las inversiones. El primer tratado suscrito fue en 1968 con Suiza²⁵. En la actualidad, el Ecuador ha suscrito 28 tratados, de los cuales la mayoría se encuentran vigentes de acuerdo con la siguiente tabla²⁶:

²⁴ Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, op. Cit. Artículo 17. i) y Título VII.

²⁵ El Acuerdo entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza relativo a la protección y al fomento de las inversiones se ratificó mediante disposición dada por Decreto Ejecutivo No. 1615, publicado en Registro Oficial No. 247 de 20 de agosto de 1969. Su última codificación está publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de Noviembre del 2005.

²⁶ La información de la UNCTAD sobre los Tratados Bilaterales de Inversiones celebrados por el Ecuador y actualmente vigentes no coincide con la información del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, motivo por el cual he preferido no dar un número exacto de tratados vigentes. Además, a mediados de enero de 2008 el Ministerio de Relaciones Exteriores denunció nueve tratados.

PAÍS	FECHA CELEBRACIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR
ARGENTINA	18 de febrero de 1995	1 de diciembre de 1995
ALEMANIA	21 de marzo de 1996	12 de febrero de 1999
BOLIVIA	25 de mayo de 1995	15 de agosto de 1997
CANADA	29 de abril de 1996	6 de junio de 1997
CHILE	27 de octubre de 1993	R. O. 782 de 15 de septiembre de 1995
CHINA	21 de marzo de 1994	1 de julio de 1997
COSTA RICA	6 de diciembre de 2001	R.O.324 de 31 de Julio del 2006
CUBA	6 de mayo de 1997	1 de junio de 1998
EL SALVADOR	16 de mayo de 1994	14 de enero de 1996
ESPAÑA	26 de junio de 1996	18 de junio de 1997
EUA	27 de agosto de 1993	R.O. 49 de 22 de abril de 1997.
FEDERACIÓN RUSA	25 de abril de 1996
FINLANDIA	18 de abril de 2001	16 de diciembre de 2001
FRANCIA	7 de septiembre de 1994	17 de junio de 1996
GUATEMALA	14 de agosto de 2002	25 de mayo de 2005
HOLANDA	27 de junio de 1999	1 de julio de 2001
HONDURAS	26 de junio de 2000	R.O. 399 de 17 de Noviembre de 2006
ITALIA	25 de octubre de 2001	R.O. 537 de 4 de Marzo de 2005.
NICARAGUA	2 de junio de 2000
PARAGUAY	28 de enero de 1994	18 de septiembre de 1995
PERU	7 de abril de 1999	9 de diciembre de 1999
REINO UNIDO	10 de mayo de 1994	24 de agosto de 1995
REP.DOMINICANA	26 de junio de 1998	21 de junio de 1999
RUMANIA	21 de marzo de 1996	18 de julio de 1997
SUECIA	1 de marzo de 2001	31 de mayo de 2001
SUIZA	2 de mayo de 1968	9 de noviembre de 1969
URUGUAY	31 de julio de 1985	31 de julio de 1985
VENEZUELA	18 de noviembre de 1993	1 de febrero de 1995

Asimismo, el Ecuador ha suscrito hasta la actualidad once convenios para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal, con los siguientes países: Alemania; Brasil; Bélgica; Canadá; Chile; España; Francia; Italia; México; Rumania y Suiza. También, mantiene un Convenio para evitar la doble tributación entre países miembros de la CAN. (Decisiones 40 y 578). La Decisión 40 contiene el Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y el Convenio para la celebración de

Acuerdos sobre doble tributación entre Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión. Esta Decisión ha venido obligando a los Países Miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial²⁷. El criterio utilizado en dicho Instrumento fue el de la fuente: las rentas sólo serán gravadas en el País Miembro en el que se encuentre la fuente productora, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas naturales o jurídicas que la generen.

La Decisión 578²⁸ fue adoptada más recientemente por la Comisión de la Comunidad Andina, y entró en vigencia a partir del primero de enero de 2005. Esta constituye básicamente una actualización de la Decisión 40 y contiene el Convenio para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal entre los Países Miembros de la CAN en materia del impuesto a la renta y al patrimonio y con respecto a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros.

Finalmente, el Ecuador no ha suscrito acuerdos de inversión y comercio preferencial contentivos de cláusulas sustantivas en materia de inversión. Sin embargo, como País Miembro de la Comunidad Andina, es parte de las negociaciones para la posible suscripción de un Acuerdo de Asociación entre la CAN y la Unión Europea.

De todo lo anteriormente expuesto, se observa que el Ecuador ha establecido un marco jurídico adecuado para fomentar la inversión extranjera. Sin embargo, no ha tenido capacidad para negociar los tratados de inversiones y obtener el máximo de ventajas a las que debe tender un país en desarrollo. Es sabido que un tratado de esta naturaleza no está destinado a proteger a los inversionistas nacionales sino a capitales de los Estados industrializados, que son quienes tienen la capacidad para invertir en el extranjero. Por ese motivo, al negociar este tipo de tratados es de vital importancia

²⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Referido Convenio, y tomando en cuenta que la fecha del último depósito fue el 18 de junio de 1980, por Perú, la Decisión entró en vigencia por lo que respecta al Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las personas jurídicas el 19 de junio de 1980 y de las personas naturales el 1 de enero de 1981.

conocer tanto la materia como la experiencia de otros países y tener un objetivo y una política claras. En este contexto pueden realizarse determinadas reservas respecto de sectores y asuntos que son sensibles a la economía del país.

Lamentablemente el Ecuador no ha aprovechado su facultad de establecer reservas frente a otros negociadores, lo que ha dado como resultado un gran desequilibrio entre las Partes Contratantes. Así por ejemplo, en el Tratado Bilateral entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones ambos países se reservaron el derecho de establecer o mantener excepciones restringidas al trato nacional y/o al trato de nación más favorecida. Sin embargo, mientras que Estados Unidos realizó reservas al trato nacional y trato de nación más favorecida en un sinnúmero de materias y sectores, el Gobierno ecuatoriano únicamente hizo reservas al trato nacional en tres sectores o materias.

En efecto, Estados Unidos realizó reservas a los siguientes sectores y materias: transporte aéreo; transporte marítimo y de cabotaje; banca; seguros; asignaciones oficiales; programas gubernamentales de seguros y préstamos; producción de energía y electricidad; agencias de aduanas; propiedad de bienes inmobiliarios; propiedad y operación de estaciones emisoras de radio y televisión comercial; propiedad de acciones en la “Communications Satellite Corporation”; provisión de servicios públicos de telefonía y telegrafía; prestación de servicios de cable submarino; aprovechamiento de la tierra y recursos naturales; explotaciones de minas en propiedades públicas; servicios marítimos y servicios afines; y corretaje a título primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos; propiedad de bienes inmobiliarios; explotación de minas en propiedades públicas; servicios marítimos y afines; y, corretaje primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.

²⁸ Decisión 578, publicada en la Gaceta Oficial No. 1063 de fecha 5 de mayo de 2004.

El Ecuador, por su parte, se reservó el derecho a hacer o mantener excepciones restringidas al trato nacional en la pesca tradicional (que no incluye procesamiento de la pesca ni la agricultura); propiedad y operaciones de estaciones emisoras de radio y televisión comercial.

1.3.- Análisis de las cláusulas modelos en los tratados para la promoción y protección de las inversiones

De los instrumentos internacionales relativos a las inversiones, los TBI contemplan, por lo general, cláusulas estandarizadas que, posteriormente, son recogidas por los Acuerdos de Inversiones y Comercio Preferencial. Por su similitud, me referiré a las cláusulas sustantivas contenidas en los TBI:

Definición de inversión:

Para empezar, los TBI contienen una definición de inversión generalmente amplia y flexible, de manera tal que pueden incluirse nuevas formas de inversión extranjera. La definición de inversión abarca tanto los activos tangibles como los intangibles que conforman la inversión. Asimismo, según como esté redactada, ésta puede cubrir las inversiones ya existentes en el territorio de los Estados partes o solamente las nuevas inversiones.

Los TBI suelen indicar que el establecimiento de una inversión se rige por las leyes locales. El Tratado no otorga el derecho ni les garantiza a los inversionistas su establecimiento en el territorio de los Estados parte.

Trato Justo y Equitativo:

Estos instrumentos contienen una cláusula para un trato justo y equitativo de las inversiones. Si bien esta cláusula está abierta a un sinnúmero de interpretaciones, en términos generales se puede decir que lo que el inversionista espera es recibir un trato no menos favorable que el otorgado por el derecho internacional.

Los Estados partes, al suscribir este tipo de cláusulas, deben abstenerse de adoptar medidas discriminatorias, arbitrarias e irracionales. Muchos tratados especifican que, en caso de que varios tratados sean aplicables a una inversión, se deberán aplicar las cláusulas más favorables a éstas, como parte de un trato justo y equitativo²⁹.

Trato Nacional:

A través de ésta, los Estados suscriptores se comprometen a permitir y a tratar las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorgan en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales.

Esta cláusula debe ser observada cuidadosamente por los Estados, quienes de considerarlo necesario deben imponer excepciones a la aplicación de esta cláusula. Conforme se analizará posteriormente, la materia tributaria es un aspecto sensible que debe ser detenidamente regulado con relación a esta cláusula y la cláusula de nación más favorecida.

Nación más favorecida:

Consiste en que los Estados otorguen a los inversores extranjeros las mismas ventajas que las otorgadas a ciudadanos de otros países dentro de sus territorios. Esta cláusula suele contener excepciones con respecto privilegios o beneficios que terceros

pueden obtener en aplicación de acuerdos regionales económicos o de integración y con respecto a convenios para evitar la doble tributación.

Expropiación:

Los TBI reconocen el derecho de los Estados de expropiar o de nacionalizar propiedad privada extranjera. Sin embargo, esta expropiación o nacionalización debe realizarse bajo ciertas circunstancias: de manera no discriminatoria, orientada a fines de interés público; con respeto al debido proceso y con el pago de una adecuada y rápida compensación. Generalmente, estos instrumentos regulan la expropiación directa y la indirecta que se da mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización.

Transferencia de pagos:

Cada Estado parte debe permitir que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o se saquen del mismo se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias pueden comprender los rendimientos; las indemnizaciones por expropiación o nacionalización de la inversión; los pagos que resulten de diferencias en materia de inversión; los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato; el producto de la venta o liquidación parcial o total de una inversión; los aportes adicionales al capital hechos para el mantenimiento o fomento de una inversión, etcétera.

Otros posibles aspectos:

²⁹ UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I Op. cit. Pág. 19.

Adicionalmente, algunos TBI contemplan la obligación del Estado receptor de asegurar que los inversionistas tengan acceso a toda la información local relativa a inversiones.

Medios alternativos para la solución de controversias:

La generalidad de TBI y de AICP contienen una cláusula de solución de controversias. Los Estados partes se comprometen a tratar de resolver, en primera instancia, mediante consultas y negociaciones cualquier diferencia en materia de inversión que haya surgido entre el Inversor y el Estado receptor. Si la diferencia no es solucionada amigablemente, los Estados partes acuerdan someter dicha controversia para su resolución a las siguientes vías, según elección del inversor:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia;
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido; o
- c) Al arbitraje obligatorio.

Por la relevancia del tema, analizaré a continuación más detalladamente lo relativo al sometimiento de las controversias inversor- Estado al arbitraje.

1.4.- La cláusula arbitral y las posibles opciones para someter la controversia al arbitraje internacional

Como se mencionó anteriormente, la mayoría de los convenios para evitar la doble tributación no contemplan una cláusula arbitral. La mayoría de estas convenciones únicamente establecen la solución amigable de las controversias surgidas,

por parte de las administraciones tributarias competentes. Incluso, el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico- OCDE- para evitar la doble tributación no prevé el arbitraje internacional, debido a que, en 1972, la OCDE concluyó que no hay evidencia alguna que pruebe que la posición de los Estados miembros ha cambiado desde 1966 y que ahora estén preparados para aceptar que las divergencias o controversias surgidas sean sometidas al arbitraje o tratadas bajo el derecho internacional, en el evento de que fracase el procedimiento de solución amistosa. Además, acotó que los Estados están renuentes a aceptar cualquier tipo de restricción a su soberanía sobre este tipo particular de controversias³⁰. Finalmente, a criterio de esta Organización “*la adopción de un tal procedimiento representaría el abandono inaceptable de la soberanía fiscal*”³¹

A pesar de lo dicho, un pequeño número de convenios para evitar la doble tributación contienen una cláusula arbitral como un **medio opcional y extraordinario** (último recurso) para la solución de controversias surgidas por la interpretación o aplicación de los referidos instrumentos. Ese es el caso del Convenio suscrito entre Alemania y Estados Unidos, 1989; el Convenio entre Alemania y Francia, 1989; el Convenio entre Estados Unidos y México (1992); y, el Convenio entre Holanda y Estados Unidos (1992). Las referidas convenciones regulan la nominación y número de árbitros; exigen la intervención y participación de un contribuyente en el proceso o, que por lo menos, presente sus observaciones por escrito; indican cuál será el derecho internacional tributario aplicable, etcétera.³²

Hay también convenios de doble tributación que exigen el acuerdo del contribuyente además del acuerdo de ambos Estados partes para poder someter la

³⁰ Kluwer Law International, *Arbitration in International Tax Disputes: a new approach*; pág. 154.

³¹ Traducción propia. Citado del Artículo “*Fiscalité et arbitrage*”, escrito por Jean-Pierre Le Gall, Kluwer Law International, *Révue de l’arbitrage*, 1994- No. 1 pp.3-38, párrafo 36.

³² Kluwer Law International, *Fiscalité et arbitrage*, párrafo 37.

controversia al arbitraje internacional. Así, por ejemplo, los recientes convenios para evitar la doble tributación suscritos por los Estados Unidos de América incluyen la posibilidad de someter la divergencia al arbitraje, siempre que exista el consentimiento de ambos Estados partes y del contribuyente, de tal manera que el arbitraje, una vez iniciado, es obligatorio para las tres partes. En estos casos, el contribuyente tendría un rol activo y estaría autorizado para expresar su punto de vista. No obstante, estos convenios suelen incluir reservas para evitar someter a arbitraje cuestiones propias de la política fiscal de los Estado o de su legislación tributaria nacional.

Otros convenios que incluyen el arbitraje como un posible medio para solucionar las controversias son los celebrados entre: Chile y Perú; Ecuador y Canadá; Ecuador y Chile; Canadá y Perú; y, México y Chile. Una cláusula tipo en los referidos Convenios es la del último inciso del artículo 25 del Convenio entre Canadá y Perú, la cual establece lo siguiente:

“Si surge cualquier dificultad o duda relacionada con la interpretación o aplicación del presente Convenio y no puede ser resuelta por las autoridades competentes de acuerdo con los apartados anteriores de este Artículo, el caso puede someterse a arbitraje si ambas autoridades competentes y el contribuyente por escrito acuerdan estar sujetos a la decisión del tribunal arbitral. El laudo arbitral sobre un caso en particular será vinculante para ambos Estados respecto a ese caso. El procedimiento será establecido mediante el intercambio de notas entre los Estados Contratantes.”

Cabe también mencionar el Convenio Multilateral de la Unión Europea relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de

empresas asociadas³³ -adoptado en 1990 y vigente desde enero de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1999-, también conocido como Convención de Arbitraje de la Unión Europea, mediante el cual los Estados partes se comprometieron a someter al arbitraje todos aquellos casos en que los Estados partes habiendo tenido conocimiento de una divergencia en materia de precios de transferencia, no la han podido resolver en el transcurso de dos años y consecuentemente no han podido eliminar la doble tributación. Este Convenio estableció el arbitraje como un medio obligatorio para eliminar la doble imposición, en caso de que las autoridades competentes no la hayan podido resolver de otra manera. Además, el contribuyente tenía el derecho de iniciar el arbitraje. Los Estados partes podían ser sometidos a arbitraje internacional por particulares en la hipótesis de conflictos surgidos por precios de transferencia: cuando compañías relacionadas, radicadas en dos Estados diferentes, realizan operaciones a un precio distinto al del mercado o de la libre competencia (arm's length) y el Estado, como consecuencia de ello, revisa los beneficios obtenidos por la Empresa provocando una doble tributación. No obstante, el particular debía, primeramente, presentar una petición con su exposición de motivos a la Administración Tributaria, para lo cual tenía dos años plazo para acogerla o negarla.

Asimismo, vale la pena hacer referencia al Convenio para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal suscrito entre Alemania y Suecia, el cual también contiene una cláusula arbitral para la solución de controversias en lo relativo a la doble imposición y a los precios de transferencia, y señala lo siguiente:

"Si una dificultad o duda en la interpretación o aplicación de este convenio no puede ser resuelto por las autoridades competentes en procedimiento de mutuo acuerdo en un periodo de tres años después que la

³³ Doc. 90/436/CEE del 23 de Julio de 1990.

*controversia ha surgido, luego a solicitud del contribuyente el Estado parte debe someter el caso a arbitraje en la Corte de Justicia Europea*³⁴

Contrariamente a los CDT, en la mayoría de TBI y AICP suscritos, se han previsto cláusulas que contemplan la posibilidad de que los inversores de cualquiera de los Estados partes puedan someter al arbitraje internacional las controversias originadas en materia de inversiones con el Estado receptor. Un ejemplo de este tipo de cláusulas arbitrales, es el siguiente:

“Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un "consentimiento por escrito" de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y

b) Un "acuerdo por escrito" a efectos del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias

³⁴ Art. 25 num. 3: "Können Schwierigkeiten oder Zweifel, die bei der Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens entstehen, von den zuständigen Behörden nicht im Streitlichtungsverfahren nach den vorstehenden Absätzen dieses Artikels innerhalb einer Frist von 3 Jahren ab der Verfahrenseinleitung beseitigt werden, sind auf Antrag der Person im Sinne des Absatzes 1 die Staaten verpflichtet, den Fall in Rahmen eines Schiedsverfahrens entsprechend Artikel 239 EG-Vertrag vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anhängig zu machen". Citado por Dr. A. Marco Chávez González en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación de 10 de mayo de 2006. Disponible en www.servilex.com.pe.

*Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York")."*³⁵

Pero a más de introducir una cláusula arbitral, en estos instrumentos se suelen estipular alternativas en cuanto a los centros de arbitraje internacional a donde pueden someterse las controversias Estado-inversor que surjan. Alternativas tales como:

- Someter la diferencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965. En este caso, se suele requerir que el Estado parte demandado haya ratificado dicho Convenio.
- Someter la controversia al Mecanismo Complementario del CIADI.
- Someter la disputa a un arbitraje ad hoc, regido según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).
- Cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia a Centros de Arbitraje tales como los regidos por la reglas de CNUDMI

A continuación me referiré a algunos aspectos importantes del arbitraje ante el CIADI y el arbitraje bajo las reglas CNUDMI

³⁵ TBI firmado el 27 de abril de 1993 entre Estados Unidos y Ecuador, artículo 6, inciso 4. Vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997. Última codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de Noviembre del 2005. Disponible en www.sice.oas.org

1.4.1.- El CIADI

El CIADI es una de las pocas instituciones arbitrales cuya jurisdicción en razón de la materia es especializada, focalizada en inversiones. La jurisdicción del CIADI es exclusivamente para controversias surgidas por motivo de inversiones internacionales. Esto se debe básicamente a que fue creado con auspicio del Banco Mundial, quien tenía entre sus objetivos facilitar y promover las inversiones privadas internacionales.

Una característica única del arbitraje CIADI es su completa autonomía. Las reglas del arbitraje del CIADI se fundamentan en un Tratado, lo cual hace que sean de carácter internacional y que sean independientes del derecho nacional de cada uno de los Estados partes. Los laudos emitidos por el CIADI son de obligatorio cumplimiento y ejecución para el Estado anfitrión y para cualquier otro país que sea parte de la Convención del CIADI. Estos laudos no están sujetos a ningún tipo de control por parte de tribunales nacionales, no es necesario el exequatur del mismo. El único control posible sobre éstos es el previsto en el mismo Convenio del CIADI. Es decir, los laudos pueden ser anulados únicamente ante un segundo Tribunal del mismo Centro, y no pueden ser revisados o impugnados ante cortes locales.

El Secretario General del CIADI puede ser designado como autoridad nominadora de árbitros en arbitrajes iniciados sobre la base de TBI bajo otros procedimientos, tal como bajo las reglas de la CNUDMI. Según estas reglas, además, la autoridad nominadora es la responsable de resolver recusaciones de árbitros, que hayan sido presentadas por las partes³⁶.

El CIADI cuenta, además, con Reglas para Facilidades adicionales las cuales autorizan a dicho Centro a administrar arbitraje para ciertas categorías de conflictos que no estén cubiertos por la Convención del CIADI. La sede del arbitraje es Washington –

Estados Unidos (la sede del Banco Mundial), salvo que las partes decidan por mutuo acuerdo otro lugar³⁷.

También es importante mencionar que el artículo 27 del Convenio CIADI obliga a que los Estados partes se abstengan de conceder protección diplomática o promover reclamaciones internacionales respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme al Convenio.

Para que proceda un arbitraje internacional ante la jurisdicción del CIADI deben cumplirse tres requisitos básicos: debe existir un consentimiento de ambas partes por escrito para someterse al arbitraje CIADI; la diferencia debe haber surgido entre uno de los Estado contratantes y un nacional del otro Estado contratante (requisitos *ratione personae*) y únicamente se pueden someter diferencias de naturaleza jurídica, que surjan directamente de una inversión (requisitos *ratione materiae*). Las disputas y contiendas que estén indirectamente vinculadas con una inversión no proceden. Así, por ejemplo, en el caso *Amco v. Indonesia*, el Tribunal concluyó que la reconvencción por parte del Estado no era una cuestión que provenía directamente de una inversión y, por lo tanto, el Tribunal encontró que la demanda por fraude fiscal estaba más allá de su competencia *ratione materiae*.³⁸ En cambio, en *Kaiser Bauxita Company v. Jamaica*, el Tribunal, al resolver sobre su propia competencia, decidió que la disputa provenía directamente de una inversión³⁹.

³⁶ Gabriela Álvarez Ávila; *Las Características del Arbitraje CIADI*; Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol II, 2002; pág. 209.

³⁷ La sede en el arbitraje CIADI es irrelevante, debido a que el procedimiento para anular laudos está totalmente regulado por la Convención, de manera que no influyen las leyes locales del País donde se lleva a cabo el arbitraje.

³⁸ *Amco Asia et al. v. Indonesia*, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, ICSID Reports; Págs. 543 a 565.

³⁹ *Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica* (Case No. ARB/73/3)

Lo cierto es que la Convención del CIADI no define la palabra “inversión”, lo que permite que las partes tengan una gran discrecionalidad para describir una transacción específica o una categoría de transacciones como inversiones.

Mucho se ha discutido sobre si una cláusula arbitral realmente significa un consentimiento a priori y general por parte de los Estados contratantes, para que los inversores sometan cualquier diferencia relativa a inversiones al arbitraje obligatorio del CIADI.

A criterio de M. Sornarajah⁴⁰, la simple referencia por parte de los TII de someter disputas al arbitraje ante el CIADI no puede ser concluyente ni determinante para asumir que las partes consintieron en someterse a dicha jurisdicción. Todo dependerá de cómo la cláusula arbitral se encuentra redactada. Así, por ejemplo, el artículo 6 del TBI suscrito entre Suecia y Malasia señala que en el evento de que se suscite una disputa entre un nacional o una compañía de uno de los Estados contratantes con el otro Estado contratante, relacionada con una inversión en el territorio de ese otro Estado contratante, se la deberá someter a arbitraje del CIADI siempre que las dos partes así lo acuerden⁴¹. Una cláusula redactada en tales términos no significa que las partes han dado su consentimiento para someterse al arbitraje, sino que éste estaría supeditado a que las partes contratantes así lo acuerden una vez surgida la disputa.

Por su parte, el tratado entre Indonesia y Holanda señala que en el caso de que una disputa inversor-Estado no pueda resolverse amigablemente, ésta podrá someterse a un procedimiento judicial previsto en la legislación nacional del Estado receptor o al arbitraje internacional o conciliación. Este tipo de cláusulas, según M. Sornarajah, obligan moralmente a los Estados, quienes deberían asentir ante cualquier solicitud de

⁴⁰ M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, Pág. 208.

⁴¹ Ver artículo 6 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Suecia y Malasia, firmado en 1979. Disponible en “IIAS database” de la UNCTAD.

arbitraje o conciliación por parte del inversor. Sin embargo, en caso de que el Estado no acoja una solicitud en tal sentido, no se le puede obligar a someterse al arbitraje o a la conciliación, puesto a que no existe una cláusula arbitral propiamente dicha.

Hay un tercer tipo de cláusulas en que los Estados partes expresan su consentimiento de manera anticipada para someterse al arbitraje en caso del surgimiento de una controversia, como por ejemplo, el artículo 8 del TBI celebrado entre Gran Bretaña y Ecuador, el cual señala lo siguiente:

“...Cada Parte Contratante por éste consiente en someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en lo sucesivo denominado "el Centro") para resolver por conciliación o arbitraje en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados abierto para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (de la que ambas Partes son miembros) cualquier conflicto legal que surja entre dicha Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionado con una inversión de la última en el territorio de la primera...”⁴²

Cláusulas como la citada han sido las más frecuentemente utilizadas e incluidas en los TII y constituyen hoy la tendencia actual. Al respecto, conviene señalar que, si bien la casuística del CIADI ha considerado que este tipo de cláusulas automáticamente le confieren jurisdicción y competencia para conocer la disputa una vez que el inversor haya dado su consentimiento, hay quienes insisten en que, de acuerdo con el Art. 25(1)

⁴² Tratado publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de Noviembre del 2005.

de la Convención de Washington, debe existir un acto posterior expreso que otorgue el consentimiento para someterse al arbitraje del Centro.⁴³

El hecho se haya incorporado en la mayoría de TII la opción para dirimir las controversias ante el arbitraje del CIADI se conoce en inglés como “arbitration without privity”, lo que significa una oferta pública para arbitrar⁴⁴.

1.4.2 Arbitraje bajo las reglas CNUDMI

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano jurídico que fue establecido por la Asamblea General en 1966, con la finalidad de fomentar la unificación progresiva del derecho mercantil internacional para reducir e incluso eliminar los obstáculos del comercio internacional. La Comisión está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General⁴⁵.

El arbitraje del CNUDMI se rige por su Reglamento de 1976, el cual viene a ser un régimen procesal completo para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial, ya sea ante un tribunal institucional o ante un tribunal constituido para el caso controvertido. El Reglamento regula todos los aspectos del procedimiento arbitral; la designación de los árbitros; la sustanciación de las actuaciones; y, la forma, el efecto y la interpretación del laudo.

La CNUDMI y su Secretaría no actúan como tribunal arbitral, no administran actuaciones arbitrales, ni desempeñan ninguna otra función relacionada con

⁴³ Así lo sostuvo el doctor F. A. Mann, reconocido jurista en materia de Derecho Transnacional de Arbitraje, citado por M. Somarajah, Op. cit., pág. 213.

⁴⁴ Gabriela Álvarez Ávila; *Las Características del Arbitraje CIADI*; op. cit. 209.

⁴⁵ Ver creación, composición y mandato de la CNUDMI. Disponible en www.uncitral.org.

procedimientos arbitrales determinados, ni con ningún otro régimen público o privado de solución de controversias.

El Reglamento se aplica en todo en cuanto las partes, por mutuo acuerdo, no hayan decidido modificar. El lugar en que haya de celebrarse el arbitraje será donde las partes así lo convengan. A falta de acuerdo entre las partes, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.

La diferencia fundamental entre un laudo del CIADI y uno emitido bajo las reglas CNUDMI es que este último puede ser recurrido o anulado ante las cortes locales del lugar donde fue la sede del arbitraje, si las leyes locales del referido lugar así lo permiten. Además, si el derecho de arbitraje del país en que se dicta el laudo requiere el registro o el depósito del laudo por el tribunal arbitral, éste deberá cumplir con el referido requisito.

En este sentido, los laudos dictados bajo las reglas CNUDMI no se consideran independientes del derecho nacional del lugar del arbitraje o, incluso, del Estado en cuyo territorio se buscará el reconocimiento del laudo. A diferencia de los laudos expedidos por el CIADI, es necesaria la realización de un procedimiento *exequatur* del laudo: el Estado donde se ejecutará dicho laudo lo deberá reconocer como obligatorio. Asimismo, el laudo no se considera como *res judicata*: el laudo admite su revisión por parte de las autoridades locales.

CAPÍTULO II

REGULACIÓN DE LA MATERIA TRIBUTARIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

Un sinnúmero de tratados y acuerdos internacionales de inversión suelen referirse de manera expresa a la materia tributaria, ya sea para excluir o limitar las medidas tributarias del alcance y aplicación de estos instrumentos internacionales o bien para incluirlos.

La materia fiscal adquiere relevancia cuando ésta se encuentra incluida en los tratados de inversión, de tal forma que los inversionistas extranjeros-protegidos por el acuerdo- quedan facultados para exigir a los Estados partes que no adopten medidas fiscales que puedan significar la violación de cualesquiera de las demás cláusulas del acuerdo, tales como: trato justo y equitativo; trato nacional; nación más favorecida y expropiación.⁴⁶

Entiéndase por medidas fiscales, cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica adoptada por el Estado que se refiera a aquellos aspectos de su régimen tributario que determinan un tributo, la cuantía del pago, el reintegro, las deducciones, desgravaciones o devoluciones fiscales.

A continuación se analizarán los principales enfoques contenidos en los tratados internacionales de inversión sobre materia tributaria.

⁴⁶ Algunos ejemplos de lo indicado se citan más adelante.

2.1.- Exclusión total de los asuntos tributarios del ámbito de aplicación de los tratados internacionales sobre inversiones

En varios TII los Estados han optado por excluir de manera expresa la materia tributaria de su ámbito de aplicación ya que, según un estudio de la UNCTAD⁴⁷, prefieren tratar esta materia en forma separada a través de tratados específicos aplicables sobre la materia. Esto se debe a que la complejidad, la amplitud y la diversidad de los asuntos fiscales tornan poco o nada práctica su inclusión y tratamiento dentro de las provisiones tipo de los TII.

Algunos ejemplos de cláusulas de tratados que excluyen expresamente la materia tributaria son:

- El Tratado de Inversión Recíproca entre Argentina y Nueva Zelanda, suscrito en 1999, que en su artículo 5, señala que *“Las provisiones de este acuerdo no se aplicarán a los asuntos tributarios dentro del territorio de cualquiera de las Partes Contratantes. Dichos asuntos estarán regidos por la legislación doméstica de cada Estado parte y por los términos de cualquier acuerdo fiscal suscrito por las Partes Contratantes”*⁴⁸.
- El Acuerdo de la Asociación del Sureste de las Naciones Asiáticas de 1987, cuyo artículo 5 manifiesta que *“las provisiones de este acuerdo no se aplicarán a materia tributaria dentro del territorio de las partes contratantes. La referida materia se regirá por convenios de doble tributación entre las partes y la legislación interna de cada una de ellas”*⁴⁹

Cuando se han incluido disposiciones como las anteriormente citadas, pese a las inconsistencias de que pueda adolecer la medida tributaria adoptada por cualquiera de

⁴⁷ UNCTAD, *Taxation*; Op. cit. Pág. 36.

⁴⁸ UNCTAD, *IIAS databases*. Disponible en www.unctad.org.

los Estados contratantes frente a las obligaciones del tratado, no podrá ser cuestionada sobre la base del TII.

2.2.- Limitación de los asuntos tributarios del ámbito de los tratados internacionales de inversiones

Algunos TII contienen como regla general una exclusión global de la materia tributaria, pero a la vez incluyen casos que constituyen excepciones a dicha regla. Así, por ejemplo, sucede con la cláusula 21 del TBI Modelo de los Estados Unidos de América, la cual se transcribe a continuación:

Artículo 21: Tributación

1. Con excepción de lo dispuesto por el presente Artículo, nada de lo establecido en este Tratado se aplicará a medidas tributarias.

2. Artículo 6 (expropiación) se aplicará a todas las medidas tributarias...El inversionista que sostenga que una medida fiscal representa una expropiación podrá someter esa diferencia al arbitraje conforme la Sección B siempre y cuando:

(a) el inversionista en cuestión haya remitido previamente a las autoridades fiscales competentes de las dos Partes la cuestión de si la medida fiscal representa una expropiación; y

(b) si en el plazo de 180 días a partir de la fecha de dicha remisión, las autoridades tributarias competentes de ambas Partes no han llegado al acuerdo que la medida tributaria no representa una expropiación.

⁴⁹ UNCTAD, *Taxation*; Ob. Cit. Pág. 37.

3. Sujeto al párrafo 4, Artículo 8 (Requisitos de Desempeño) (2) a (4) se aplicará a todas las medidas tributarias.

Nada en este tratado afectará los derechos y obligaciones de cualquiera de las Partes contenidos en cualquier Tratado sobre tributación. En caso de que exista una inconsistencia entre este tratado y un tratado fiscal, el último prevalecerá en lo referente a la inconsistencia. En caso de que exista un tratado fiscal entre los Estados Partes, las autoridades competentes de conformidad con ese tratado tendrán la responsabilidad de determinar si existe alguna inconsistencia entre este tratado y aquél.

Una cuestión interesante sobre el tercer punto de este artículo es el que indica que “*En caso de que exista una inconsistencia entre este tratado y un tratado fiscal, el último prevalecerá en lo referente a la inconsistencia.*” Esto pone de relieve la especificidad y preeminencia que tiene la materia tributaria sobre la de inversiones, y por esta razón los Estados se inclinan a aceptar que un convenio específico en materia tributaria debe prevalecer sobre uno de inversiones, donde la materia tributaria tiene un tratamiento muy general.

Otro ejemplo de cláusula que regula la materia tributaria es el artículo XII del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado entre Canadá y Ecuador, el cual prevé:

Artículo XII: Medidas Fiscales:

1 Exceptuando lo especificado en este Artículo, nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales.

2 Nada de lo especificado en este Convenio afectará a los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes bajo cualquier convención fiscal. En caso de cualquier divergencia entre las disposiciones de este Convenio y cualquiera de tales convenciones, las disposiciones de dicha convención serán aplicables para subsanar dicha divergencia.

3 Con sujeción al párrafo (2), toda reclamación de un inversionista de que una medida fiscal de una de las Partes Contratantes viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central de una Parte Contratante y el inversionista con respecto a una inversión, será considerada como reclamación por violación de este Convenio y a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de ser notificadas de la reclamación por el inversionista, de que la medida no contraviene tal acuerdo.

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

Otros ejemplos son los siguientes:

- El Tratado de la Carta de Energía, firmado en 1994, excluye expresamente la materia tributaria en lo relativo al principio de nación más favorecida y a las medidas adoptadas para una efectiva recaudación de impuestos. Sin embargo,

protege al inversor contra medidas tributarias que sean adoptadas de manera arbitraria y discriminatoria, o medidas tributarias que constituyan expropiación.

- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), firmado en 1992, igualmente excluye la materia fiscal de manera general y da prioridad a los tratados o convenciones específicos sobre tributos, pero permite que se aplique las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida a todas las medidas tributarias que no sean las que están taxativamente enumeradas en el párrafo 4 (b) y 4 (c-h).

En casos así, si bien la materia tributaria está excluida de modo general, podría ocurrir que ésta sea, excepcionalmente, cuestionada y examinada en casos concretos, como cuando, por ejemplo, las medidas tributarias adoptadas por el Estado receptor son consideradas expropiatorias, discriminatorias, o proporcionan un trato injusto a las inversiones extranjeras, protegidas por un tratado de inversiones.

En muchos de los casos en que la materia tributaria se encuentra regulada con este tipo de limitaciones, los Estados partes suelen prever que en caso de surgir algún conflicto inversor-Estado por causa de la adopción de medidas fiscales internas, las Administraciones Tributarias de los Estados contratantes determinarán conjuntamente, en un plazo razonable, posterior a la fecha en que hayan sido notificadas con la reclamación del inversionista, si la medida adoptada contraviene o no el Acuerdo. Solo en caso de que las Administraciones Tributarias de los Estados contratantes determinen que la medida tributaria interna adoptada por uno de ellos es violatoria del Acuerdo, o que las autoridades fiscales no lleguen a ponerse de acuerdo, el inversionista está facultado para acudir al arbitraje internacional.

Otros tratados, en cambio, ponen énfasis únicamente en excluir la materia tributaria de la aplicación de los principios de nación más favorecida y de trato nacional. Esto se debe a que si un TII no excluye expresamente la materia tributaria, ni tampoco la excepciona de la aplicación a los principios de la referencia, los Estados partes no podrían suscribir acuerdos tributarios con inversionistas nacionales de terceros países, ni otorgarles incentivos tributarios libremente, sin verse obligados a extender un tratamiento similar a los inversionistas del otro Estado contratante. En otras palabras, en virtud de las cláusulas de nación más favorecida y de trato nacional, los Estados partes no pueden otorgar tratamientos preferenciales a determinados inversionistas, y excluir a la vez de tal tratamiento a otros inversionistas.

La exclusión de la materia tributaria de la aplicación del principio de nación más favorecida puede ser parcial o general. Mientras que algunos TII excluyen cualquier beneficio tributario que pueda resultar de un **acuerdo internacional en materia tributaria** (TBI, Honduras-Corea/2000), o únicamente excluyen este principio de las ventajas que provengan de **convenios de doble tributación** (TBI, China Bahrain/1999), otros TII excluyen completamente del ámbito de aplicación de esta cláusula cualquier tema tributario. Ejemplo de este último grupo es el TBI celebrado entre Austria e India en 1999.

El punto neurálgico de la inclusión de la materia tributaria en los TII son justamente las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida. Si los Estados anhelan mantener un marco de acción y de decisión sobre la política fiscal interna, es necesario que establezcan excepciones precisas en torno a la aplicación de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida sobre los aspectos tributarios. Por ser relevante, cito varios ejemplos de cómo los Estados han introducido las referidas excepciones⁵⁰:

- El artículo 4(3) del modelo de TBI chileno señala: *"Si un Estado parte concede ventajas especiales a inversionistas de un tercer país en virtud de un acuerdo que establece un área de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica o cualquier otra forma de organización económica regional a la que el referido Estado parte pertenezca o por las provisiones de un acuerdo que se relacione enteramente o principalmente a tributos, no estará obligado a conceder tales ventajas a los inversionistas del otro Estado parte."*⁵¹
- El TBI de 1991 entre la República de Corea y Mongolia señala en su artículo 7 (b) que las cláusulas sobre nación más favorecida y trato nacional: *"No serán interpretadas para obligar a un Estado contratante a extender a los inversionistas del otro Estado parte el beneficio de un tratamiento, preferencia o privilegio que puedan ser extendidos por el primer Estado contratante a terceros en virtud de (...) algún acuerdo internacional o de una norma interna relacionada total o principalmente a tributos."*⁵²
- El artículo 3(3) del TBI modelo de China: *"El tratamiento y la protección mencionada en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo no incluirá ningún tratamiento preferente concedido por el otro Estado contratante a inversiones de inversionistas de un tercer Estado basado en uniones aduaneras, zonas de libre comercio, unión económica, un acuerdo para evitar la doble tributación o para facilitar el comercio de la frontera"*
- El artículo 4 del modelo de TBI Francés, el cual establece que el tratamiento de nación más favorecida y trato nacional no se extienden de ninguna manera a los privilegios que una de las Partes contratantes otorgue a los inversores nacionales

⁵⁰ UNCTAD, *Taxation*, op. cit. Trad. libre; Págs. 33 y ss.

de un tercer país, en virtud de su participación en un mercado de libre comercio, zona aduanera, etc. Finalmente, en el último párrafo de este artículo, se señala que las disposiciones de este artículo no se aplicarán a cuestiones tributarias⁵³.

- El artículo 3(4) del modelo alemán: *"El tratamiento [nación más favorecida y trato nacional] otorgado en este Artículo no se relacionará con las ventajas que cualquiera de las partes contratantes conceda a nacionales o a compañías de un tercer Estado en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición u otros acuerdos relacionados con materia fiscal."*⁵⁴
- El artículo 7 del modelo de TBI del Reino Unido indica: *"Las provisiones de este acuerdo en lo relativo a no otorgar un tratamiento menos favorable que el concedido a los nacionales o compañías de cualquiera de las partes contratante o de un tercer Estado no será interpretado para obligar a una parte Contratante a extender a los nacionales o a las compañías del otro el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio que resulten de. . . (B) cualquier acuerdo internacional o arreglo relativo principalmente o completamente a materia fiscal o cualquier norma jurídica interna relacionada enteramente o principalmente a tributación"*⁵⁵
- El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, 1994, Art. 3(3): *"Las disposiciones del Párrafo 2 de este Artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de otra Parte Contratante los beneficios*

⁵¹ Ibidem. Pág. 34.

⁵² Ibidem. Pág. 34.

⁵³ Ibidem. Pág. 35

⁵⁴ Ibidem. Pág. 35

⁵⁵ Ibíd. Pág. 36.

*de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente sobre cuestiones impositivas.”*⁵⁶

2.3.- Inclusión de incentivos tributarios en los tratados internacionales de inversiones

Aunque no es muy común un buen número de TII regionales suscritos principalmente entre países en vías de desarrollo han incluido un régimen de incentivos tributarios, reduciendo el nivel de tributos a pagar, impidiendo un aumento brusco de tributos o buscando armonizar los tributos a nivel regional. Así, tenemos los siguientes convenios regionales⁵⁷:

- La Convención Común sobre Inversiones en los Estados de la Unión Central de África de la Unión Económica Aduanera de África Central de 1965 ofrece reducción de impuestos a determinadas compañías cubiertas por un tratamiento preferencial en dicha Convención. Asimismo, establece una variedad de reducciones fiscales⁵⁸.
- El Acuerdo para la Armonización de Incentivos Fiscales a la Industria de la Comunidad del Caribe (CARICOM) de 1973, prevé una variedad de beneficios fiscales para determinadas empresas. En lo principal, este acuerdo establece lo siguiente⁵⁹:
 - Los Estados partes podrán exonerar a ciertas empresas de los tributos sobre el tonelaje y aduanas de las plantas, maquinaria; partes y demás componentes por un tiempo determinado. (Artículo 6)

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 36.

⁵⁷ UNCTAD, *Taxation*; Op. cit. Pág. 44.

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 44.

⁵⁹ Acuerdo disponible en www.caricom.org

- Los Estados partes exonerarán del impuesto a la renta a las empresas calificadas con respecto a sus utilidades y ganancias por la producción de productos calificados, por un tiempo determinado. (Artículo 7)
 - Los Estados Miembros exonerarán del impuesto a la renta a las exportaciones, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo. (Artículo 8)
- El Acuerdo Unificado par las Inversiones del Capital Árabe en los Estados Árabes, de 1980. En su artículo 7 garantiza el libre movimiento de capitales, sin que se genere el pago de tributos u otras obligaciones pecuniarias⁶⁰.
 - El Acuerdo para la Promoción, Protección y Garantía de las Inversiones entre los Países Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (1981), hace igualmente referencia a incentivos tributarios en su artículo 4.⁶¹
 - El Código Comunitario para las Inversiones de la Comunidad Económica de los Países de los Grandes Lagos de 1982, (CEPGL por sus siglas en inglés) igualmente establece incentivos tributarios para las empresas calificadas. (Sección III, artículos 28 y 29 y capítulo II, sección I, artículos 31 a 36.)⁶²
 - Las cuatro Convenciones de Lomé de 1989, mencionan cuestiones tributarias y aduaneras beneficiosas para los inversores.⁶³
 - El Acuerdo para la Promoción y Protección de Garantías de las Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, cuyo artículo 4 establece que: *“Las partes contratantes intentarán ofrecer diversos incentivos y facilidades para atraer los capitales y alentar la inversión a sus*

⁶⁰ UNCTAD, *Taxation*; Op. cit. Pág. 44.

⁶¹ Ibidem. Pág. 44

⁶² Ibidem. Pág. 45

⁶³ Ibíd. Pág. 45

territorios tales como comercial, en aduana, financiero, incentivos impositivos y de moneda, especialmente durante los primeros años de los proyectos de inversión de conformidad con las leyes, las regulaciones y las prioridades del Estado receptor.”⁶⁴

- La Decisión 291 de la Comisión de la Comunidad Andina⁶⁵, la cual regula el Régimen Común: Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, dispuso en su Preámbulo que los Presidentes Andinos acordaron remover los obstáculos para la inversión extranjera e incentivar la libre circulación de capitales subregionales.

De acuerdo con la UNCTAD, este tipo de tratados pretende atraer los flujos de inversión directa; sin embargo, su efectividad ha sido muy cuestionada, sin mencionar que estos regímenes de incentivos representan un gran sacrificio para el Estado y no necesariamente constituyen el motivo por el cual el inversor decidió su inversión. Estas exoneraciones fiscales, como medios de incentivos para los inversionistas, no son recomendadas por las directrices del Banco Mundial sobre el tratamiento de inversión extranjera directa⁶⁶.

Otro tipo de incentivos tributarios incluidos en los TII son las cláusulas de estabilización. De acuerdo con Ricardo Ortiz⁶⁷, existen varios tratados suscritos por Argentina que prevén estas llamadas cláusulas de estabilización, según las cuales si la legislación nacional del Estado receptor es modificada con respecto a una inversión ya realizada, tal modificación no puede afectar ni alterar en forma alguna la legislación que estaba vigente a la época de la suscripción del tratado. En otras palabras, las comisiones

⁶⁴ UNCTAD; Compendium, Vol. II, n 38, p. 241.

⁶⁵ Adoptada el 21 de marzo de 1991. Disponible en www.comunidadandina.org

⁶⁶ Documento *Taxation*, op cit. Pág. 45.

originalmente previstas para la inversión están garantizadas y protegidas de las modificaciones que lleguen a experimentar las leyes pertinentes del país receptor. Así, por ejemplo, el Tratado firmado entre Argentina y Panamá incluye la prohibición de abolir o modificar una ley que directa o indirectamente afecte la inversión, ya que una eventual afectación podría considerarse como una expropiación indirecta al inversor.

Asimismo, en un sentido amplio y, por ello, ambiguo tenemos la cláusula de estabilización prevista en el Tratado suscrito con Estados Unidos, según la cual las leyes y regulaciones que se adopten no deben ni pueden afectar la esencia de los derechos establecidos en dicho Tratado.

Si bien desconozco sobre la existencia de un TII que contenga una cláusula de estabilización fiscal, se debe tener presente que estas podrían considerarse implícitas dentro de una cláusula de estabilización general en tanto en cuanto la materia tributaria no haya sido excluida o limitada del ámbito de dicha cláusula, o del TII.

Estas cláusulas de estabilización constituyen, a no dudarlo, un privilegio para los inversores extranjeros, en menoscabo de los nacionales.

En definitiva, podemos advertir que cada tratado, dentro de su respectivo ámbito de aplicación, contiene su propia particularidad y tratamiento en cuanto a la exclusión o limitación de la materia tributaria. Así vemos que en algunos casos los convenios prevén el derecho de los inversores a cuestionar las medidas fiscales únicamente cuando éstas puedan considerarse expropiatorias de las inversiones; y que otros, cuando éstas puedan llegar a ser discriminatorias.

⁶⁷ FOCO, *The Bilateral Investment Treaties and The Cases at ICSID: The Argentine experience at the beginning of the Twenty One Century*, septiembre 2006, pág. 16 y 17.

CAPÍTULO III

OMISIÓN DE CUESTIONES TRIBUTARIAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

3.1.- Consideraciones generales

En los tratados internacionales de inversión las cláusulas estructuradas en forma general y amplia pueden dar paso a que se considere que materias como la fiscal también están reguladas y, por lo tanto, sujetas al arbitraje. Así por ejemplo, cuando los Estados partes asumen una obligación tan amplia y ambigua como la de no adoptar *medida alguna que atente contra las inversiones extranjeras en su territorio*, los inversores pueden considerar que toda modificación ulterior de la legislación fiscal del Estado receptor, implica una afectación de sus inversiones y de su expectativa de ganancia. Consecuentemente, aquella reforma fiscal podría ser interpretada como una violación de los compromisos adquiridos por el Estado en el respectivo tratado. En tal virtud, la diferencia que surja por la supuesta violación podría ser susceptible de ser sometida al arbitraje internacional, en caso que el tratado así lo prevea.

Una vez suscitada la controversia por aspectos fiscales, el Estado involucrado en el arbitraje no contará con mayores argumentos que demuestren que dichos aspectos estaban reservados para su resolución ante cortes nacionales. Es indudable que, en último término, quienes decidirán sobre el ámbito de aplicación del tratado en materia tributaria serán los árbitros.

Cuando los tratados de inversiones no han regulado de manera expresa la materia tributaria, los árbitros han llegado a considerar que ésta si está incluida y cubierta por los referidos tratados, aplicando una suerte de *pro* arbitraje.

Por otra parte, la omisión de excepciones en materia tributaria en la aplicación de la cláusula de trato nacional y de nación más favorecida, haría que los Estados partes se vean obligados a otorgar a las inversiones y a los inversores del otro Estado parte los mismos beneficios e incentivos tributarios que los otorgados a sus nacionales o a nacionales de terceros países con los cuales mantiene convenios fiscales.

3.2.-Aplicación de la cláusula de ámbito general

Es importante tener en cuenta que la protección otorgada por los tratados internacionales de inversiones puede hacerse extensiva a los contratos celebrados entre el Estado o una entidad pública y un inversor extranjero para una variedad de temas, tales como: la adquisición de bienes, la prestación de servicios, contratos de construcción, concesión, exploración y explotación de recursos naturales, entre otros.

En efecto, cabe la posibilidad de que el Estado receptor de inversiones, al suscribir un TII, asuma la obligación de no transgredir los contratos que llegase a celebrar con los inversionistas nacionales del otro Estado contratante. En este caso, el Estado se torna responsable internacionalmente de las infracciones contractuales que llegase a perpetrar y, por lo tanto, la violación del contrato suscrito con un inversionista extranjero y que se halle cubierto por un TII, también constituiría una violación de dicho instrumento internacional.⁶⁸

Pero esta protección extendida no opera necesariamente en forma automática, pues no todas las infracciones de un contrato de este tipo cometidas por parte del Estado receptor pueden considerarse una violación del derecho internacional o de un tratado internacional de inversiones. Para que una infracción acarree la violación del derecho

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 53.

internacional o de un TII, los árbitros suelen exigir que ésta sea equivalente a una denegación de justicia o a una expropiación sin justa compensación.⁶⁹

En torno al debate sobre si una reclamación de un inversor en contra del Gobierno de un país receptor por incumplimiento de contrato puede equipararse a una reclamación en virtud de un TBI, sobre la base de una cláusula de ámbito general de un TBI, celebrado entre el país de origen del inversor y el país receptor existen dos jurisprudencias recientes y discordantes, que no proporcionan un criterio uniforme y claro relativo a la aplicación cláusula de ámbito general⁷⁰:

Una transnacional radicada en Suiza, la *Société Générale de Surveillance (SGS)*, inició dos arbitrajes en contra de Pakistán y de Filipinas, ante tribunales del CIADI, aduciendo que la cláusula de ámbito general del TBI extendía su protección al contrato suscrito con el Estado y, por lo tanto, las violaciones al contrato (incumplimientos de contratos concluidos para el suministro de servicios de inspección de aduanas previa al embarque) constituían violaciones al referido TBI⁷¹.

Ambos tribunales debieron determinar si, mediante la cláusula de ámbito general en el TBI aplicable, las reclamaciones contractuales del inversor contra el país receptor se podían resolver en el marco de las disposiciones de arbitraje del TBI, y no de las disposiciones de solución de controversias del contrato objeto del diferendo⁷².

En el asunto *SGS c. Pakistán*, el Tribunal interpretó el artículo 11 del TBI de 1995 entre el Pakistán y Suiza, que decía: "*Ambas partes contratantes garantizarán constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído*

⁶⁹ UNCTAD, *Contratos de Estado*, Ginebra 2004. Pág. 9.

⁷⁰ Información tomada de la UNCTAD, *Ibíd.* Pág. 17 y ss.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 17.

⁷² *Ibíd.* Pág. 17.

*respectivamente en relación con las inversiones de los inversores de la otra parte contratante."*⁷³

Luego, el tribunal dictaminó que a menos que se afirmase expresamente, una cláusula de ámbito general no introduce una exención al principio ampliamente aceptado del derecho internacional según el cual un incumplimiento del contrato no constituye en sí una violación del derecho internacional, en particular si ese contrato tenía una cláusula válida de elección de foro⁷⁴.

Además, el tribunal indicó que la cláusula de ámbito general no era una obligación tipo de "primer orden"; constituía, más bien, un compromiso general por parte del país receptor de asegurar la eficacia de los contratos de Estado. Con una interpretación diferente, numerosos artículos del tratado pasarían a ser "*fundamentalmente superfluos*". De esta manera, el tribunal señaló que: "*No sería realmente necesario demostrar una violación de las disposiciones fundamentales de un tratado si un simple incumplimiento del contrato, o de un reglamento o disposición municipal, bastara de por sí para configurar una violación del tratado por una Parte contratante y comprometiera la responsabilidad internacional de la Parte*"⁷⁵.

Finalmente, la estructura de un tratado y el lugar ocupado por la disposición de ámbito general, permitió concluir al tribunal que la disposición no incluía al contrato en el régimen de protección de tratado. La interpretación precisa que corresponde a esa disposición, así como las justificaciones de la cláusula de ámbito general quedaron, no obstante, sin dilucidar. A fin de modificar el principio del derecho consuetudinario según el cual el simple incumplimiento de un acuerdo de inversión extranjera no da lugar a obligaciones internacionales, cabe suponer que se habría procedido a esa

⁷³ *Ibíd.* Pág. 17.

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 17.

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 17.

modificación utilizando una formulación precisa que pusiera de manifiesto la intención de las Partes⁷⁶.

En el asunto *SGS c. Filipinas* el Tribunal abordó nuevamente la cuestión del efecto de una cláusula de ámbito general. Si bien en el contrato entre SGS y Filipinas se preveía que las controversias en el marco del contrato pertenecerían exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales de Filipinas, SGS inició los procedimientos de arbitraje ante el CIADI alegando que su reclamación en el marco del contrato podía ser considerada una reclamación en el marco de un tratado de conformidad con la cláusula de ámbito general del TBI entre Filipinas y Suiza. En este caso, el tribunal (no sujeto por una estricta doctrina de precedentes) dio a la cláusula de ámbito general una interpretación diametralmente opuesta a la adoptada por el tribunal anterior. Declaró que esta cláusula, en principio, tenía por efecto atribuir la jurisdicción a un tribunal de arbitraje constituido en el marco del TBI para pronunciarse sobre reclamaciones estrictamente contractuales entre el inversor y el Estado receptor⁷⁷.

El tribunal refutó que la cláusula de ámbito general fuese sólo una protección de "segundo orden", anteponiendo la opinión de que la cláusula "significaba lo que decía". Sin embargo, el tribunal constató que pese a ser competente en virtud del TBI para entender de reclamaciones estrictamente contractuales, no podía ejercer esa jurisdicción en el caso de que se trataba, puesto que las Partes habían acordado someter sus diferencias contractuales a la jurisdicción exclusiva de los tribunales filipinos. El inversor no debía entablar el procedimiento de arbitraje invocando el incumplimiento del contrato por el país receptor, si dicho arbitraje no se ajustase a la disposición de

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 17.

⁷⁷ Por ser una explicación del caso clara y sucinta, fue tomado textualmente del texto de la UNCTAD *op.cit.*

solución de controversias prevista en el mismo acuerdo. Por consiguiente, el tribunal suspendió sus propias actuaciones en beneficio de los tribunales de Filipinas⁷⁸.

De los casos expuestos podemos observar que el criterio adoptado por el tribunal de *Filipinas* ofrece una protección más amplia al inversor al establecer claramente que un incumplimiento de un contrato de Estado equivale al incumplimiento de una obligación fundamental del TBI, contraída por el país receptor en virtud de la cláusula de ámbito general, mediante la cual se indicaba que los Estados deben observar los compromisos contractuales.

En cambio, en el asunto *Pakistán*, el Tribunal concede una mayor discreción al país receptor, de injerencia en la relación contractual con el inversor para que se resuelva el asunto, no remitiéndose al simple hecho de una ruptura del contrato de inversión subyacente (lo cual puede ser perfectamente legítimo en el marco de la legislación y política nacionales del país receptor), sino a otras normas de trato sustantivo del TBI⁷⁹. A criterio de la UNCTAD,

...ello supondría una norma de la prueba más difícil y, como consecuencia, la protección que ofrece el TBI sólo se ejercería cuando un inversor cumpla dicha norma. No se cumpliría remitiéndose solamente al incumplimiento del contrato de Estado. Sin duda podría considerarse que este criterio despoja a la cláusula de ámbito general de todo significado independiente, en el sentido de que anularía cualquier posibilidad de considerar que el incumplimiento de una obligación asumida por el país receptor en el marco del contrato de Estado es

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Idíd.*

*equivalente a un incumplimiento del TBI a raíz de una infracción a la cláusula de ámbito general*⁸⁰.

Vale la pena señalar que en la actualidad existe un importante número de TII que contienen disposiciones en tal sentido, las cuales se conocen como “cláusulas de ámbito general” o “umbrella clauses”. Un ejemplo de cláusula de ámbito general es el artículo 2.2) del TBI de 1983 concluido entre Santa Lucía y el Reino Unido, el cual establece que: *"cada Parte contratante observará las obligaciones que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte contratante."*⁸¹

En lo relativo a materia tributaria puede ocurrir que el TII no prevea ni contenga referencia alguna a cuestiones fiscales. Sin embargo, los contratos individuales celebrados entre el Estado, o sus entidades, con los inversionistas extranjeros pueden contener una regulación expresa de dicha materia, ya sea estableciendo exenciones tributarias, una cláusula de estabilización fiscal o cualquier otro asunto de carácter tributario.

En estos casos, las estipulaciones tributarias de los contratos individualmente establecidos entre el Estado y los inversores, también estarían sometidas a las provisiones generales del TII, y su violación serviría de fundamento para que el inversor sometiera la diferencia al arbitraje internacional sobre la base del TII. Nada obstaría, en este hipotético caso, a que los árbitros se consideren competentes para resolver, incluso, las controversias fiscales.

No obstante, este razonamiento no podría aplicarse en el caso opuesto. Es decir, si un contrato protegido por un TII -en aplicación a una cláusula de ámbito general-

⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 18.

⁸¹ *Ibíd.* Pág. 16. Esta misma cláusula está contenida en los TBI modelos de El Reino Unido; Dinamarca; Suecia, Alemania y Estados Unidos.

contuviese excepciones expresas sobre materia tributaria, el ámbito de aplicación del TII no se vería limitado por tales excepciones.

Esto hace que el ámbito de aplicación de un TII pueda ser ampliado a la materia tributaria (siempre y cuando no se encuentre limitada o excluida explícitamente), pero jamás disminuido por un contrato nacional. En igual sentido sucede con la jurisdicción y la competencia de los árbitros para conocer diferencias entre inversionistas extranjeros y el Estado por cuestiones tributarias.

El peligro de introducir cláusulas de ámbito general en un TII que no haya previsto ni regulado los aspectos fiscales es, precisamente, que su ámbito de protección puede llegar a cubrir estas áreas que originalmente no fueron queridas o racionalmente canalizadas por las partes contratantes en el tratado.

3.3.- Cláusulas de estabilización fiscal

La generalidad y ambigüedad de un tratado podría, incluso, dar lugar a que una interpretación extensiva del respectivo tribunal arbitral, llegue a establecer que se encuentra incluida una cláusula de estabilización general –abarcando así también el ámbito fiscal- lo cual resultaría sumamente riesgoso para los Estados partes por cuanto se verían comprometidos a congelar sus leyes e incluso su política fiscal durante la vigencia del tratado.

Si bien muy raramente suelen incluirse cláusulas de estabilización en los tratados de inversión⁸², resulta factible que los árbitros eleven una cláusula de estabilización contractual al nivel del tratado, en aplicación de la llamada “cláusula de ámbito general”. Así, los contratos de concesión pueden ser vistos con un estatus internacional,

⁸² Si bien las cláusulas de estabilización son generalmente incluidas en contratos de concesión con el fin de evitar que el Estado adopte nuevas leyes que puedan resultar perjudiciales para los inversionistas, hay TII que las pueden contener de forma general (únicamente cláusulas de estabilización) o incluso a manera de incentivos fiscales (cláusulas de estabilización fiscal).

y si éstos incluyen cláusulas de estabilización fiscal, el Estado no podrá, unilateralmente, cambiar los términos del contrato sin que haya consecuencias a nivel del Derecho Internacional

Un prestigioso profesor y jurista en la materia, M. Sornarajah, sostenía, en su obra “The Myth of International Contract Law”⁸³, que las cláusulas de estabilización fiscal contenidas en contratos o convenios internacionales eran inválidas *ab initio* en la medida en que éstas afectaban la soberanía de los Estados. No obstante, los árbitros han considerado que establecer una cláusula de estabilización fiscal es precisamente parte del ejercicio de la soberanía de los Estados y una vez que esta cláusula ha sido incluida, su violación constituiría la violación de un tratado internacional, sancionado por el Derecho Internacional Público: “*estas cláusulas de estabilización que fueron libremente suscritas por el Gobierno no afectan en principio su soberanía legislativa o reglamentaria, él (Gobierno) conserva, ambas frente a nacionales y extranjeros con los cuales el Gobierno decidió no adquirir tales compromisos....*”⁸⁴

En sentido similar, se pronunció un tribunal arbitral en el caso Texaco v. Libia, y sostuvo que: “*nada puede impedir que un Estado, en ejercicio de su soberanía, se obligue a sí mismo irrevocablemente por las provisiones de un contrato de concesión y por otorgar al concesionario derechos irrenunciables.*”⁸⁵

Otros autores, en cambio, van más allá de la discusión sobre la validez o no de las cláusulas de estabilización. Parten del hecho que el Estado soberano tiene derecho a obligarse a través de una cláusula tal. Sin embargo, difieren sobre las posibles consecuencias por la violación de esta cláusula: una vez que ésta ha sido trasgredida, es poco probable que los árbitros dispongan que se subsane la referida trasgresión y que se

⁸³ Citado por Sébastien Manciaux, *Changement de Législation Fiscale et Arbitrage International*, Revue de l'arbitrage, 2001, párrafo 21 y ss.

⁸⁴ Traducción propia. Ver caso AGIP vs. Congo, Case ARB/77/1. V. Op. cit, pág. 15.

continúe con la ejecución del contrato de concesión en los términos que se habían pactado, ya que una decisión semejante a más de atentar contra la soberanía estatal simplemente conllevaría la inejecutabilidad del laudo.

Por esos motivos, cuando un Estado viola una cláusula de estabilización, los árbitros únicamente disponen la indemnización de daños y perjuicios que esta violación hubiere ocasionado al inversionista. A manera de ejemplo, se citan algunos casos cuya diferencia fue causada a raíz de una cláusula de estabilización:

- El caso *Power and Traction Finance Company Ltd, vs. Grecia*, de 1970, en el cual las partes sometieron su diferencia fiscal al arbitraje internacional. Los árbitros consideraron que todo lo pactado debía ser cumplido de buena fe, y consideraron válida la cláusula de estabilización fiscal pese a las objeciones estatales. Finalmente, los árbitros consideraron que el Estado incumplió su compromiso de no modificar su legislación fiscal. En este mismo sentido se puede mencionar el caso *Petrola Hellas v. Grecia*.⁸⁶
- En el caso *EnCana vs. Ecuador*, el Tribunal, en uno de sus razonamientos, indicó que en el supuesto de que hubiera existido un compromiso de congelamiento fiscal, su estipulación habría sido atentatoria a ciertos principios recogidos por un TBI, siempre y cuando éste no hubiere excluido la materia fiscal de su ámbito de aplicación.⁸⁷

⁸⁵ Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clause and MIGA and OPIC Investment Insurance; Ob. Cit. Pág. C2-18.

⁸⁶ Ambos casos tomados del anexo I al texto de Sébastien Manciaux, en su obra *Changement de législation fiscale et arbitrage international*.

⁸⁷ *EnCana v. República del Ecuador*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI, Laudo final, §120.

- Casos *Texaco vs. Libia* y *Liamco vs. Libia*. En ambos casos el Tribunal se basó en cláusulas de estabilización para determinar que las medidas de nacionalización y expropiación eran ilegales y, consecuentemente, el inversor tenía derecho a una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en el caso de *Texaco vs. Libia* el tribunal también dispuso la restitución del contrato de concesión, lo que originó que el laudo fuera, en la práctica, inejecutable⁸⁸.
- Caso *Kuwait vs. American Independent Oil Company (AMINOIL)*: en 1948 AMINOIL firmó un contrato de concesión con Kuwait para la exploración y explotación de petróleo. En 1974 los países de la OPEC, adoptaron una medida en la que se incrementaban los impuestos al petróleo, incluyendo al producido por AMINOIL. Esta compañía objetó el incremento fiscal basado en la cláusula de estabilización fiscal. El tribunal, entre otras consideraciones, sostuvo que la existencia de una cláusula de estabilización permitía que el inversor sea indemnizado por los daños sufridos a raíz de la medida adoptada⁸⁹.

⁸⁸ Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clause and MIGA and OPIC Investment Insurance; Ob. Cit. Pág. C2-17.

⁸⁹ Ibidem, Pág. C2-18.

CAPÍTULO IV

SOMETIMIENTO DE MATERIA TRIBUTARIA AL ARBITRAJE

INTERNACIONAL SOBRE LA BASE DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES DE INVERSIONES

4.1.- Aspectos generales sobre el arbitraje internacional en materia de inversiones

El arbitraje internacional es, en la actualidad, uno de los métodos alternativos de solución de controversias más utilizado a nivel mundial tanto por los particulares, como por las entidades y los organismos públicos de los Estados. Factores como la complejidad de las relaciones de comercio internacional y la ineficacia y desconfianza en los mecanismos de justicia tradicional llevan a los Estados y a los particulares a establecer de común acuerdo la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos e instrumentos internacionales relativos a inversiones, para someter las posibles controversias a la resolución de tribunales arbitrales internacionales administrados o independientes para la solución de disputas.

En materia de inversiones el número de casos arbitrales ha incrementado de una forma sorprendente: ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones- CIADI- hasta el año 1995 únicamente se conocían 6 casos arbitrales. A finales del 2005 ya existían 226 casos sometidos a la jurisdicción del referido Centro. Hasta mediados de los años 80 la jurisdicción del Centro se fundamentaba en cláusulas compromisorias incluidas en los contratos firmados entre Estados e inversores, o instrumentos similares. El caso AAPL v. Sri Lanka (1988) constituye la primera disputa sometida al arbitraje internacional en materia de

inversiones protegidas por un TBI. Desde entonces, una gran cantidad de disputas basadas en supuestas violaciones a TBI han sido llevadas al Centro de Arbitraje CIADI.

En la actualidad, el consentimiento para someter controversias relativas a inversiones al arbitraje del CIADI encuentra su fundamento, generalmente, en los TBI y en las leyes internas sobre la materia. Los casos más frecuentes ante el CIADI se refieren a alegaciones de expropiación; negación de justicia y discriminación.⁹⁰

Muchos otros casos arbitrales se iniciaron con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI), en donde por el año 2006 se presentaron 65 casos, incluyendo aquellos en que el inversionista manifestó su intención de empezar un arbitraje (request for arbitration). Asimismo, 18 casos arbitrales, solo en el 2006, fueron presentados con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

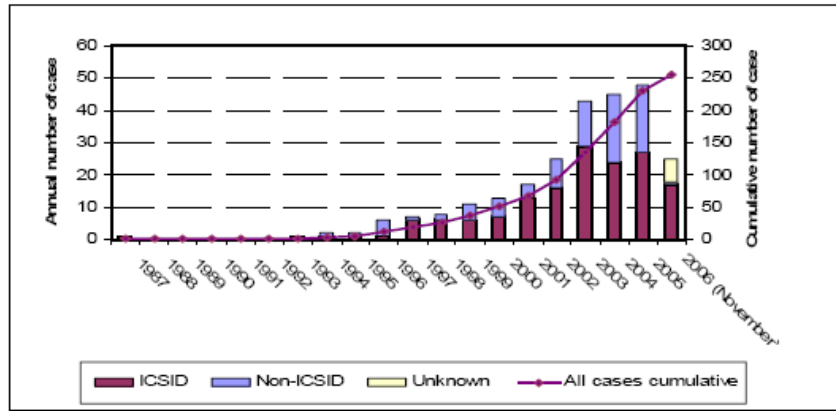
Varias de las disputas, conocidas durante el año 2005, entre inversionistas-Estados sobre la base de TBI fueron sometidas por inversores cuya inversión se encontraba en países en vía de desarrollo. Así por ejemplo, contra Chile se presentaron 5 casos: contra Argentina y Perú, 3 casos⁹¹. En total sumaron 24.

A continuación se exhiben 3 gráficos que ilustran el número de arbitrajes conocidos sobre la base de tratados de inversiones desde 1987 hasta 2006 (figura 1); el número de disputas según el foro del arbitraje (figura 2); y, los sectores envueltos en arbitraje internacional sobre la base de tratados de inversiones (figura 3):

⁹⁰ Datos tomados del CIADI. Disponible en www.worldbank.org/icsid.

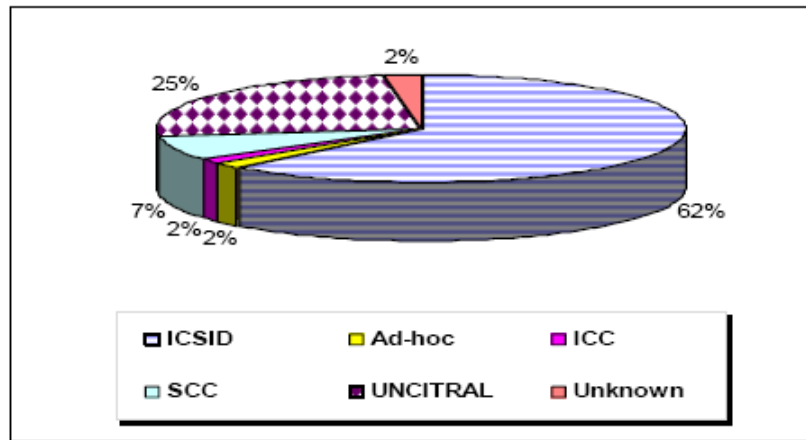
⁹¹ UNCTAD, *World Investment Report 2006*. Pág. 229.

Figure 1. Known investment treaty arbitrations (cumulative and newly instituted cases, 1987 – November 2006)



Source: UNCTAD.

Figure 2. Disputes by forum of arbitration, cumulative as of November 2006 (Percentage)

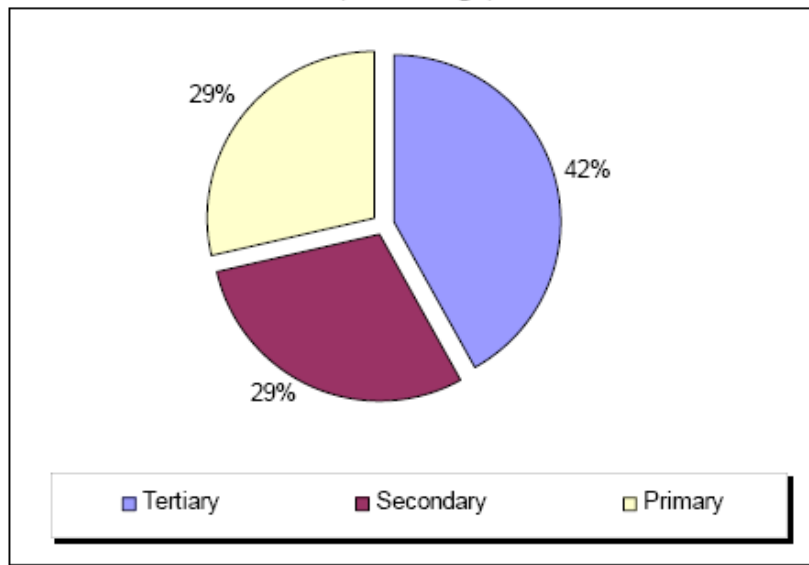


Source: UNCTAD.

Note: SCC = Stockholm Chamber of Commerce; ICC = International Chamber of Commerce.

Como se observa en ambos gráficos, el número de arbitrajes basados en tratados de inversiones aumentó considerablemente en los años 2002 a 2005, siendo el CIADI el foro más utilizado por los inversores. El segundo foro más común es el que se rige por las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

**Figure 3. Sectors involved in known investment treaty arbitration
(Percentage)**



Source: UNCTAD.

De este gráfico se desprende que el sector primario (recursos naturales) es el más implicado en arbitrajes internacionales basados en tratados de inversiones.

4.2.- Arbitraje internacional en materia tributaria y política fiscal de los Estados

Las partes pueden someter válidamente al arbitraje internacional aquellas diferencias susceptibles de transacción que pudiesen surgir en el cumplimiento de sus relaciones contractuales; sin embargo, el sometimiento a esta vía de resolución alternativa de controversias resulta más complejo cuando una de las partes (o ambas) es la entidad pública de un Estado o el Estado mismo, ya que varios de los factores que pueden ser materia de la controversia, suelen resultar intrínsecos a la soberanía estatal y, por lo tanto, no susceptibles de ser ventilados a través del arbitraje internacional.

La materia tributaria es uno de aquellos temas cuyo sometimiento al arbitraje internacional ha sido muy discutido. En efecto, el sistema tributario en el orden interno de un país está instituido y regulado por el mismo Estado. La jurisdicción para tratar temas fiscales recae, generalmente, sobre los tribunales locales. Incluso hay muchos

Estados que han creado tribunales especializados en materia fiscal. Ecuador cuenta, por ejemplo, con tribunales contenciosos fiscales y con una sala de la Corte Suprema especializada en lo fiscal.

El ejercicio de la potestad tributaria es una derivación de la soberanía y una manifestación de ella. Además, según algunos juristas, dicha potestad es irrenunciable⁹², aunque, como se verá más adelante, la referida potestad puede verse limitada por voluntad del mismo Estado.

Los Estados, por medio de su Administración Tributaria, ejercen una de sus más fuertes prerrogativas por excelencia: la de recaudar tributos. Los tributos son de orden público, de interés de toda la sociedad, y por lo tanto son de aplicación obligatoria. Generalmente, la potestad tributaria la ostenta el órgano legislativo (Congreso o Parlamento), a quien corresponde crear, modificar y suprimir tributos y fijar las multas y sanciones respectivas. Sin embargo, también se puede conferir una “porción” de la titularidad de la potestad tributaria a otros organismos tales como los de régimen seccional autónomo, las superintendencias, las autoridades portuarias, y otras entidades en el caso del Ecuador.

La potestad tributaria se debe ejercer con arreglo a los principios constitucionales de capacidad económica, justicia, generalidad, igualdad, equitativa distribución de la carga tributaria, progresividad y no confiscatoriedad. Los tributos pueden ser utilizados como instrumentos de política económica en orden a la consecución del progreso, protección ambiental y bienestar social.

No se puede excluir el derecho de un Estado soberano para cobrar tributos, pero estos tributos tampoco deben ser confiscatorios. El fin último de los tributos es promover el bienestar general.

⁹² Troya, José Vicente, *El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano*, material impartido a la asignatura de Derecho Material Tributario, pág. 1. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005.

Por ser la materia fiscal uno de los ejes fundamentales del orden público y una herramienta para el bienestar social, muchos Estados son reacios a suscribir acuerdos internacionales que restrinjan la imposición y la recaudación de tributos o la aplicación de ciertas reglas fiscales. Pero son más reacios aún a suscribir convenios contentivos de cláusulas arbitrales obligatorias que comprometan su competencia para conocer litigios fiscales, a través de cláusulas para el arbitraje obligatorio. Así, por ejemplo, la jurisprudencia francesa ha excluido el arbitraje para materias importantes que, por su propia naturaleza, competen exclusivamente a jurisdicción nacional.⁹³

A criterio de Pascal Ancel, es evidente que la materia tributaria está reservada para los tribunales estatales, en donde el objetivo es saber si la persona debe o no un impuesto, cuánto debe pagar por él y si existen penalidades o multas que debe pagar. Todo eso interesa muy directamente al poder público y a la colectividad como para permitir a una jurisdicción privada que lo resuelva⁹⁴.

Del mismo modo lo considera Jean-Pierre Le Gall, quien señala que un litigio en materia tributaria entre un contribuyente y la Administración Fiscal no debería ser sometido a arbitraje pues, “*el litigio fiscal no entra (...) en el campo del arbitraje, concebido como una solución privada para conflictos privados.*”⁹⁵

De igual forma, Le Gall sostiene que un árbitro no podría suspender o neutralizar una medida tributaria tomada por un Estado soberano en violación de sus compromisos internacionales. El aumento de un impuesto, que no tenía que aumentar, no puede ser cuestionado por la decisión de un árbitro si este aumento procede de una ley de orden público⁹⁶.

⁹³ Ver caso *Société phocéenne de dépôt*, 20 enero 1989. Corte de Apelaciones de París.

⁹⁴ Pascal Ancel, *Arbitrage et Ordre Public Fiscal*, Kluwer Law International, *Révue de l'arbitrage* 2001 - No. 2, pp. 269 - 288

⁹⁵ Traducción propia. Citado del Artículo “*Fiscalité et arbitrage*”, escrito por Jean-Pierre Le Gall, Kluwer Law International, *Révue de l'arbitrage*, 1994- No. 1 pp.3-38, párrafo 48.

⁹⁶ *Ibidem*.

Pese a todas estas opiniones, lo cierto es que ya son varios los casos en que los Estados se han visto sometidos a arbitraje internacional por diferencias suscitadas en cuestiones tributarias. Uno de los primeros casos ocurridos fue en 1922: Francia y España se sometieron al arbitraje para resolver una controversia con respecto a un tributo especial sobre las ganancias de la guerra, creado en 1916.

Cabe recalcar una particularidad del referido arbitraje: este se dio entre dos Estados soberanos que por mutuo acuerdo decidieron someterse a la decisión de un tercero. En cambio, arbitrajes entre Estados y particulares en materia tributaria no han sido muy comunes, pese a que los hay.

Una de las primeras disputas entre Estado y particular originada por medidas tributarias y sometida al arbitraje internacional fue el caso **Kaiser Bauxita Company v. Jamaica**, cuyo foro fue el CIADI⁹⁷. En este caso en particular, el Estado se vio obligado a acudir al arbitraje debido a que había firmado una cláusula arbitral muy general -que, por lo tanto, también incluía la materia fiscal- en el contrato de concesión con Kaiser.

Con la creciente suscripción de cláusulas arbitrales obligatorias dentro de los tratados internacionales de inversiones se han incrementado los casos por diferencias fiscales entre Estado-Inversor. En torno a estos hechos, se ha originado una fuerte discusión. Algunos autores sostienen que la materia tributaria puede ser únicamente sometida al arbitraje internacional cuando exista el consentimiento expreso e inequívoco del Estado parte. La competencia para temas fiscales no puede ser otorgada de manera oblicua, a través de un instrumento internacional que no regula específicamente la materia fiscal. Este criterio lo ha sostenido el Dr. José Vicente Troya, quien señaló que:

“(...)a menos que expresamente exista una cláusula de arbitraje internacional en materia tributaria, de acuerdo a la Convención de Viena y a la doctrina, es dable afirmar que los tratados de inversión per se no son fuente

para solucionar discrepancias tributarias que surjan entre empresas y estados respecto de los cuales sean aplicables dichos tratados”⁹⁸

De igual manera, el Dr. Troya cita al tratadista Züger quien de manera manifiesta señala que los cuerpos arbitrales constituidos en base a los convenios de inversión no tienen competencia sobre materias tributarias⁹⁹.

Con criterio similar se ha pronunciado la Ex Superintendente Nacional de Administración Tributaria del Perú, quien expresó que, de acuerdo con la Ley General de Arbitraje:

“...pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultades de libre disposición con la excepción entre otras de las que interesan al orden público o las directamente concernientes a las atribuciones o funciones del imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público. En este mismo sentido se pronuncia la doctrina y entonces, señala el doctor Juan Lohmann Luca de Tena en su libro “El Arbitraje” que no puede ser sometido a arbitraje aquello relacionado a la organización y funcionamiento de los poderes públicos y sus instituciones así como las atribuciones y atribuciones conferidas a estas. Esto implicaría que no podría someterse a arbitraje la facultad de la SUNAT de verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias así como realizar el cobro de estas...”¹⁰⁰

⁹⁷ Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica (Case No. ARB/73/3)

⁹⁸ Troya José Vicente, *Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional*, pág. 36.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Palabras de la Dra. Beatriz Merino Lucero, Superintendente de la Administración Tributaria, SUNAT, ante el Congreso de la República del Perú, Primera Legislatura Ordinaria de 2001, Comisión Investigadora encargada de analizar los delitos económico-financieros perpetrados en el período 1990 al 2001 en el proceso de privatización, el uso de los recursos del Estado para el salvataje de empresas bancarias, licitaciones públicas, el uso de recursos públicos para conformar una red de corrupción, el

En igual sentido se pronunció el Dr. Alberto Borea Odría, experto peruano en materia constitucional, que fue llamado por el Presidente del Congreso para presentar un informe sobre la posibilidad de que el Estado pueda pactar un arbitraje en el momento en el que se está desarrollando la facultad administrativa del mismo, es decir, cuando todavía no se ha terminado con el proceso de fiscalización, el cual termina—a criterio del informante— con la resolución del Tribunal Fiscal en la eventualidad de que hubiere un reclamo. Sobre el tema, Borea Odría manifestó que:

“no cabe ninguna duda de que no es posible que el Estado ceda esa facultad a efectos de que sean terceras personas, que no están investidas del jus imperium y que tampoco están obligadas a pensar en términos de la comunidad, las que resuelvan sobre estos aspectos. En el derecho constitucional existen ciertas competencias que son atribuidas siempre al Estado como encargado de la gestión pública en nombre de todos los ciudadanos. Es el Estado al que le corresponde resolver acerca de aquellos asuntos que atañen a todos los miembros de una colectividad; y no cabe ninguna duda que el tema de recolección de impuestos atañe a toda la colectividad y no atañe solamente al que paga y deja de significar para el que no le corresponde pagar. Las decisiones de orden público, las que engloban el interés de la sociedad, no pueden ser resueltas —a mi criterio— por personas que no tienen obligación de ver ese interés. (...) Porque si se cobra más se lesiona el interés del particular, y se cobra menos se lesiona el interés del resto de la comunidad que tiene que pagar esa diferencia que no pagó el particular al que le correspondía contribuir de la manera como el Estado ha definido que debe de contribuir.(...) Para que

uso de la SUNAT y Aduanas como mecanismo de chantaje y presión o de evasión tributaria y el mal uso de donaciones y otras ayudas recibidas entre otros. Sesión vespertina del miércoles 24 de octubre

un órgano del poder pueda delegar poder tiene que estar expresamente facultado por el instrumento constitucional. Si no está facultado por el instrumento constitucional y considerado conveniente por las leyes de desarrollo, no puede diferir poder.”¹⁰¹

Sin embargo, también hay quienes sustentan la legitimidad del arbitraje internacional en materia tributaria. Así, de acuerdo con el Dr. A. Marco Chávez González¹⁰² -refiriéndose a los convenios para evitar la doble tributación que contemplan una cláusula arbitral- someter controversias en materia tributaria a la resolución de foros privados como el arbitraje no es una trasgresión a la soberanía nacional porque *“la potestad tributaria no está sometida a una Corte de un Estado extranjero y las reglas del procedimiento arbitral aseguran que ninguna de las partes obtendrá una injusta ventaja.(..).Asimismo, la revisión judicial del laudo arbitral según los estándares de la Convención de Nueva York es una garantía para el Estado contratante.”*

A decir de este autor, la potestad tributaria del Estado no se ve afectada por cuanto el tribunal arbitral resuelve en derecho, limitándose a interpretar y aplicar las normas del Convenio para evitar la doble tributación y otras normas tributarias a un caso concreto, sin que ello conlleve a crear, modificar o extinguir tributos.

Finalmente, el autor en mención, conjuntamente con otro citado por éste, William Park, coinciden en afirmar que así como los gobiernos aceptan arbitrar controversias de interés nacional, que afecten y limiten sus prerrogativas soberanas,

de 2001. Presidencia del señor Javier Diez Canseco Cisneros.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Artículo “El Arbitraje Internacional Tributario y los Convenios para Evitar la Doble Tributación suscritos por El Perú.”; publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación; 10 de mayo de 2006; Perú; pág. web <http://www.tributosconcordados.com/arbitraje/colaboraciones/tributacion.php> (última visita el 17 de junio de 2007)

como son las nacionalizaciones de recursos naturales, la infraestructura económica y las disputas ambientales también pueden someter a arbitraje controversias tributarias.

4.3.- La potestad tributaria y el arbitraje tributario en el Ecuador

En el Ecuador, como en otros Estados, la potestad tributaria la ejerce el Congreso, a quien le corresponde crear, modificar y suprimir tributos. Sin embargo, otros organismos tales como los de régimen seccional autónomo, las superintendencias, las autoridades portuarias, y otras entidades ecuatorianas también ostentan una “porción” de la titularidad de la potestad tributaria.

Como suele suceder en la mayoría de países, la materia tributaria –por su misma naturaleza- tiene un procedimiento especial. En el Ecuador se agrega la particularidad de que solamente el Presidente de la República tiene la atribución de presentar proyectos de ley, mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, lo que significa que los legisladores no tienen la iniciativa en materia tributaria, pues se la ha dado de modo exclusivo al Primer Mandatario (Artículo 147 de la Constitución de 1998, en vigor). Además, corresponde al *Presidente de la República fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana.* (Art. 257 de la Constitución.)

El principio de legalidad está recogido en el artículo 257 de la Constitución Política del Ecuador, el cual señala que “*Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos.*” No obstante, el principio de legalidad no es tan absoluto, pues, los tributos no solo se crean, modifican o suprimen a través de leyes, sino que también a través de otras normas jurídicas, como las ordenanzas, resoluciones, etcétera. Se puede, entonces, hablar de flexibilización de este principio cuando se permite a otros poderes del Estado (el Ejecutivo, por ejemplo)

u a otras entidades (la administración tributaria, por ejemplo) que administren algunos de los elementos esenciales del tributo.

De acuerdo con el artículo 256 *íbidem*, el régimen tributario se regula por los principios básicos de igualdad, proporcionalidad y generalidad. Además, las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional.

El ejercicio de la potestad tributaria ecuatoriana se ha visto auto-limitada por la propia voluntad del Estado. Pues, como País Miembro de la Comunidad Andina, el Ecuador tomó la decisión de transferir o ceder una parte de la titularidad de su potestad tributaria al Ente Comunitario, sin que esto comporte una renuncia. En efecto, el artículo 3 literales b) y e) del Acuerdo de Cartagena¹⁰³ faculta a la Comunidad Andina la fijación del arancel externo común; y la armonización en forma gradual de las políticas económicas y sociales, lo que incluye la materia tributaria. En este sentido, la Comisión ya ha expedido decisiones en materia de armonización tributaria, tales como las Decisiones 330, 388, 599 y 600 que hablan sobre los impuestos indirectos y las Decisiones 570, 571, 572, que regulan cuestiones arancelarias.

La Comunidad Andina constituye un nuevo orden jurídico, en beneficio del cual los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos. Este Órgano Comunitario, para alcanzar sus objetivos, ha adoptado ciertos mecanismos para la armonización tributaria, entre los cuales se pueden señalar los siguientes: *a)* la abolición de los aranceles aduaneros y de las medidas o reglas de efecto equivalente para las mercancías y servicios que circulen o se presten en el seno del mercado supranacional; *b)* la aproximación de los regímenes sobre impuestos indirectos, tanto en lo que tiene que ver con el impuesto al valor agregado (IVA) como con los impuestos complementarios del IVA y selectivos al consumo; *c)* la desaparición de las fronteras fiscales; *d)* la

¹⁰³ Suscrito en 1969 y Codificado mediante la Decisión 406 del 10 de marzo de 1996, por la Comisión de la Comunidad Andina.

aproximación de los regímenes sobre impuestos al capital y sobre tributación de las personas físicas, y en general, e) la eliminación de las normas tributarias que puedan generar inequidades o efectos discriminatorios.

Además, con la finalidad de eliminar dichas distorsiones fiscales; de proteger al contribuyente contra una imposición simultánea de sus ingresos y evitarle un tratamiento discriminatorio en el ámbito internacional; y, de resguardar a los gobiernos de una posible evasión fiscal, la CAN aprobó las Decisiones 40 y 578, contentivas de un Convenio para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en el marco de la subregión.

De lo expuesto, se colige que, en el caso particular del Ecuador, la potestad tributaria ha sido auto limitada por el propio Estado con miras a fortalecer la integración andina. Como segundo punto, se debe indicar que el incumplimiento por parte del Ecuador de las Decisiones anteriormente mencionadas puede conllevar a que se inicie una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Órgano jurisdiccional. Así como podría suceder lo mismo en el caso de violación de las Decisiones 40 y 578 de la CAN, todo lo cual demuestra que la jurisdicción nacional no es la única para tratar asuntos tributarios.

Una última cuestión a examinar es la procedencia del arbitraje en materia tributaria en el Ecuador. Este tema puede ser enfocado desde dos ópticas: arbitraje entre Estados (arbitraje internacional) y arbitraje entre contribuyente y Estado (arbitraje nacional e internacional).

Con respecto al arbitraje internacional, el constitucionalismo ecuatoriano hasta 1995 no lo aceptó. Lo dicho se deriva del mandato constitucional de que en todo contrato que fuere celebrado en el territorio del Ecuador estaba prohibido aceptar el sometimiento del Estado a una jurisdicción extraña. Esta tradición fue cambiada por las reformas constitucionales de 1995, en las cuales se estableció como salvedad la

posibilidad de someterse a una jurisdicción extranjera mediante instrumentos internacionales.

La Constitución Política de 1998 recogió este criterio en su artículo 14 y, de este modo, permitió la aceptación del arbitraje internacional, lo cual estaría en concordancia con el artículo 191 *ibidem*, que reconoce al arbitraje como un medio alternativo para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Hay que tener presente que esta última disposición constitucional se remite al arbitraje nacional, pues consta en el Título VIII relativo a la Función Judicial.

En el ámbito nacional, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que las partes pueden, de mutuo acuerdo, someter al arbitraje las **controversias susceptibles de transacción**. Y, el artículo 4 permite que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

Por su parte, el artículo 41 de la referida ley establece que, *sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:*

a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad. (resaltado propio)

Una vez analizada la normativa ecuatoriana se observa que el Ecuador contempla la posibilidad del arbitraje nacional e internacional bajo ciertos parámetros. Uno de ellos es que la materia que se somete a un arbitraje sea susceptible de transacción. En este contexto, lo que habrá que dilucidar es hasta que punto la materia tributaria es transigible. Hay quienes sostienen que si la resolución de la controversia se encuentra en el plano de la aplicación normativa y/o de la calificación de hechos con relevancia fiscal pero no de la creación normativa, no existe afectación alguna al poder tributario ni al derecho de exigir el pago de la deuda previamente determinada y por lo tanto esta controversia es transable y arbitrable.¹⁰⁴

Sin embargo, considero que debido a la característica de indisponibilidad de la obligación tributaria no sería posible transigir, salvo que la misma ley así lo permita. En

efecto, la obligación tributaria surge de la ley, convirtiéndose ésta en una obligación *ex lege*, y no en una obligación proveniente de la voluntad de las partes, por lo que sólo la Constitución o la ley podrían conceder facultades de disposición a la administración pública sobre elementos de la obligación tributaria, cosa que no sucede en el Ecuador.

Además, en derecho público prevalece la interpretación de carácter restrictiva, en el sentido de que las autoridades y funcionarios públicos solamente pueden realizar aquello que está autorizado y señalado expresamente por la Constitución y las leyes. Motivo por el cual considero que, tal como se encuentra prevista la normativa que rige al momento en el Ecuador, no procede el arbitraje en materia tributaria.

En el ámbito internacional el tema sobre la procedencia del arbitraje en materia tributaria es aún más cuestionado, pues no solamente hay que considerar la cuestión de intransigibilidad de la obligación tributaria, sino que hay que tener muy en cuenta, también, los conceptos de soberanía nacional y del *ius imperium*.

En mi criterio personal, los Estados libres, soberanos y en ejercicio de sus competencias, podrían acordar limitar su jurisdicción en el ámbito tributario, y aceptar el sometimiento de determinadas controversias tributarias al arbitraje. Sin embargo, para ello, los Estados deberían dejar bien puntualizadas aquellas cuestiones que se someterán a arbitraje y la manera en que lo harán (conformación de un tribunal con árbitros expertos en materia fiscal; arbitraje en derecho; legislación fiscal aplicable; etc.)

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que en caso de que el Ecuador suscriba tratados o convenios que tengan que ver con materia tributaria, éstos deberían -en mi criterio- ser aprobados de manera expresa por el Congreso Nacional, por existir un tratamiento especial en esta materia. En efecto, el Congreso Nacional debe aprobar o improbar este tipo de tratados y convenios de conformidad con lo que establece el

¹⁰⁴ Cecilia Delgado Ratto, *El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias en materia tributaria*, julio de 2004. Disponible en <http://www.ipdt.org/editor/docs/Delgado09.07.04.pdf>.

artículo 161 de la Carta Política, particularmente en los numerales: 3) que se refiere a aquellos que pueden comprometer al país en acuerdos de integración; 4) los que pueden atribuir a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; y, el numeral 6) relativo a los convenios y tratados que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley, en este caso tributaria.

No obstante y es de lamentar que en la práctica ya ha ocurrido lo contrario, pues varios convenios de doble tributación fueron aprobados directamente por el Presidente de la República, como por ejemplo el CDT firmado entre Chile y Ecuador, vigente desde el año 2004¹⁰⁵.

De todo lo anteriormente indicado, se concluye que únicamente en los casos en los que el Ecuador otorgue su consentimiento expreso e inequívoco para someter determinadas controversias fiscales al arbitraje internacional, este procederá.

4.4.- Algunos casos de interés.

- **Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos:** Surgió una controversia sobre si las rebajas por impuestos de exportación deben ser concedidas a CEMSA, una comercializadora internacional y exportadora de la industria tabacalera desde 1990, como exportador aunque no elabore el tabaco procesado. De acuerdo con el demandante, las medidas adoptadas por México eran expropiatorias bajo los artículos del NAFTA. De acuerdo con el Tribunal, el NAFTA en principio no se aplica a medidas tributarias, sin embargo existen algunas excepciones entre las cuales se establece que la expropiación y compensación se aplicarán a medidas tributarias y al arbitraje, salvo que esté

última visita 10 de diciembre de 2007.

determinado que dicha medida no es una expropiación. Si las autoridades competentes no acuerdan que la medida no es expropiatoria dentro de un período de 6 meses de haber surgido la controversia alegando que las medidas son expropiatorias, la disputa puede ser sometida a arbitraje.

El Tribunal consideró que la no devolución de impuestos en la exportación de cigarrillos violentaba la obligación de trato nacional contenido en el artículo 1102 del NAFTA, debido a que a las compañías mexicanas sí se les devolvía el impuesto. Finalmente el Tribunal se consideró competente para conocer sobre dichas medidas¹⁰⁶.

- En el **caso Amco v. Indonesia**, el Estado requerido en arbitraje consideró que la materia tributaria estaba cubierta por el Tratado de inversiones que había suscrito, y fundamentado en ello, reconvino al inversor por haber cometido fraude fiscal. En cuanto a la reconvenición, el Tribunal determinó que:

“...Se debe distinguir entre derechos y obligaciones que son aplicables a personas naturales o jurídicas que están dentro de la Jurisdicción del Estado receptor, como consecuencia de leyes generales; y los derechos y obligaciones que son aplicables a un inversor como consecuencia de un tratado sobre inversiones vigente con el Estado receptor. Las controversias legales relacionadas con este último caso se enmarcan dentro del Artículo 25 (1) de la Convención. Las controversias legales que se refieran al primer caso, deben, en principio, ser decididas

¹⁰⁵ Ratificado por Decreto Ejecutivo No. 901-publicado en Registro Oficial 189 de 14 de Octubre del 2003- y publicado en el Registro Oficial No. 293 de 16 de marzo de 2004.

por los mecanismos correspondientes dentro de la jurisdicción apropiada, salvo que las leyes generales generen una controversia relacionada con las inversiones en los términos de la Convención.

La obligación de no cometer fraude fiscal es claramente una obligación legal general en Indonesia. No estuvo específicamente estipulada en el tratado sobre inversiones celebrado y no proviene directamente de una inversión.

*Por estas razones, el Tribunal encuentra que la demanda por fraude fiscal está más allá de su competencia *ratione materiae*.¹⁰⁷”*

En este caso, el Estado optó por someter disputas de orden tributario al arbitraje internacional y no a su jurisdicción interna; sin embargo, el Estado no tomó en cuenta que aquel tratado de inversiones únicamente generaba obligaciones a las partes (ambos Estados) pero no a los inversionistas cubiertos y protegidos por aquél, por lo que Indonesia no podía fundamentarse en el tratado para exigir una determinada conducta al inversor.

- En el caso **Kaiser Bauxita Company v. Jamaica**, una cláusula arbitral muy general dentro del contrato establecía que: *“cada una de las partes contratantes acuerda y consiente someter cualquier controversia que provenga del acuerdo principal o de este acuerdo al CIADI...”*¹⁰⁸

El Tribunal, resolviendo sobre su competencia, concluyó que la disputa provenía directamente de una inversión; disputa que se refería a una medida

¹⁰⁶ Caso Arbitral No. AF/99/1 del CIADI. Decisión interina en cuestiones preliminares sobre jurisdicción.

¹⁰⁷ Amco Asia et al. v. Indonesia, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, 1 ICSID Reports 543,565.

tributaria, la cual se consideró inconsistente con las provisiones relacionadas con una concesión minera en la que la compañía extranjera invirtió montos considerables.

- Caso arbitral *Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. la República de Argentina*, resuelto por un tribunal arbitral conformado bajo las reglas del CIADI y caso arbitral *Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*, regido por las Reglas CNUDMI.

En ambos casos, la jurisdicción y la competencia del tribunal arbitral estuvo fundamentada en una cláusula arbitral contemplada en los Tratados Bilaterales firmados tanto por Argentina como por Ecuador con los Estados Unidos¹⁰⁹, la cual limitaba la arbitrabilidad de la materia tributaria a ciertas circunstancias, que por ser generales y ambiguas, dieron lugar a que ambos Tribunales interpreten a favor de su competencia para conocer asuntos fiscales.

En el caso **Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.** -compañía estadounidense- v. la República de Argentina, el Tribunal arbitral sostuvo que tenía jurisdicción para examinar la impugnación de ENRON contra ciertas medidas tributarias -gravámenes sobre sellos- que habían sido impuestas en

¹⁰⁸ Traducción propia. *Changement de législation fiscale et arbitrage international* por Sébastien Manciaux, Conférence à l'Université de Bourgoñe, CREDIMI, pág. 6.

¹⁰⁹ Con relación a las medidas tributarias, los TBI USA-EC y USA-AR son idénticos y establecen lo siguiente:

Art. ...

1. *En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.*

2. *No obstante, a las disposiciones del presente Tratado, especialmente los artículos 6 y 7 del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:*

a) *La expropiación, de conformidad con el artículo 3;*

b) *Las transferencias, de conformidad con el artículo 4, o*

c) *La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b),*

En la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.

varias provincias argentinas. Estas medidas habían sido introducidas a raíz de la crisis financiera de Argentina.¹¹⁰

En el caso arbitral *LCIA Case No. UN3467, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, OEPC (OCCIDENTAL)* demandó ante un tribunal arbitral la devolución inmediata del Impuesto al Valor Agregado, que ya había sido solicitado a la Administración Tributaria, y cuya petición había sido negada y además, solicitó la devolución del IVA que había pagado hasta diciembre de 2003 y cuya petición no había sido presentada a la Administración Tributaria. Además, solicitó los respectivos intereses, pago de daños futuros; indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del Tratado Bilateral.

Para decidir sobre su competencia, el Tribunal sostuvo que la interpretación de la cláusula sobre materia tributaria no debe hacérsela de tal forma en que ésta quede desprovista de sentido. En ese sentido, el Tribunal manifestó que *“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”¹¹¹.*

En la interpretación de la referida cláusula, el tribunal consideró otros elementos: relacionó lo que indicaba el primer párrafo del artículo X sobre *“actuar justa y equitativamente”* en materia tributaria con la obligación de trato justo y equitativo, contenido en el Artículo II del TBI. En segundo lugar, examinó si la disputa involucraba cualquiera de las tres cuestiones enumeradas

¹¹⁰ Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004. Debido a que la decisión no ha sido publicada no se cuenta con mayores detalles.

específicamente en el Artículo X, con respecto a las cuales las disposiciones de solución de controversias se aplican. A criterio del Tribunal no se aplicaba ni la cuestión de expropiación, ya que no la hubo, ni la cuestión de transferencias. Sin embargo, el Tribunal consideró que si se aplicaba el literal C) “*La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión*” ya que la disputa tuvo su origen en el Contrato de Participación firmado entre las demandantes y el Ecuador. Pues, de conformidad con el Contrato de Participación, OEPC tenía derecho a una fórmula de participación expresada en términos de un porcentaje de la producción de petróleo, la cual se describe como “factor X”. Para el Tribunal la cuestión era determinar si el Factor X incluía el reembolso del IVA pagado por OEPC, tal como lo afirmó la República del Ecuador, o si, por el contrario, dicho factor no incluía la devolución y consecuentemente OEPC tenía derecho al reembolso de conformidad con las leyes tributarias del Ecuador.

Sobre la base de esos antecedentes el Tribunal consideró tener jurisdicción y competencia para resolver el caso. Además, opinó que al estar la disputa sujeta a las normas de solución de controversias, eso “*automáticamente incluye los estándares de tratamiento del Artículo II*”¹¹².

El Tribunal también opinó que Occidental había recibido un trato menos favorable que el otorgado a compañías nacionales¹¹³ tales como bananeras y florícolas.

En cuanto al alcance y significado de la Legislación Tributaria en el Ecuador, el Tribunal concluyó que las Decisiones de la de la Comisión del

¹¹¹ Op. Cit. *Final Award*, párrafo 68.

¹¹² Op. Cit. *Final Award*. Párrafo 75.

¹¹³ Op. Cit. *Final Award*. Párrafo 177.

Acuerdo de Cartagena No. 330¹¹⁴ de 1992 y 388¹¹⁵ de 1996 no solo se aplican a las exportaciones intrasubregionales sino que a los mercados mundiales y en consecuencia, el Demandante tenía derecho a la devolución del IVA de acuerdo con la normativa comunitaria Andina.

Finalmente, el tribunal reconoció entre otros que OEPC podía retener las sumas devueltas; que tenía derecho a devolución del IVA por el monto de US \$71,533,649.30 más intereses por el monto de US \$3'541,280.31 hasta el 31 de diciembre de 2003, (lo cual incluye montos que nunca fueron puestos en consideración de la Administración Tributaria, anteriormente al surgimiento de la diferencia)

- En el caso arbitral ***LCIA Case UN 3481, EnCana Corp. - v. la República del Ecuador***, cuyos fundamentos de hecho y derecho fueron similares a los del caso Occidental, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer el caso debido a que versaba sobre materia tributaria, la cual estaba expresamente excluida del ámbito de aplicación del Tratado Bilateral de Inversiones en cuestión (CFPRI). En efecto, a decir de EnCana -una corporación canadiense petrolera- la negativa del Estado ecuatoriano a reintegrar a sus filiales el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA) ocasionaba una serie de vulneraciones al CFPRI.

El Tribunal consideró de particular importancia el analizar el artículo XII del CFPRI, relativo a las medidas fiscales. El análisis de aquel artículo, llevó al Tribunal a concluir que EnCana únicamente podía denunciar la vulneración del

¹¹⁴ Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales.

¹¹⁵ Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes.

artículo referente a la expropiación ocasionada por la adopción de medidas fiscales por parte del Estado.

El Tribunal efectuó un análisis en los siguientes términos:

- Si bien el concepto de “medidas fiscales” no está definido en el CFPRI, según el artículo 1(i) el concepto de “medida” comprende cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.
- Es inherente a la naturaleza de un impuesto, el ser creado en virtud de una ley. Las autoridades tributarias no son bandidos que actúan según su parecer. El Tribunal no es una instancia de apelación de asuntos tributarios ecuatorianos y, en la medida en que un asunto esté claramente conectado a una ley o reglamento fiscal (o a un procedimiento, requisito o práctica de las autoridades tributarias en aplicación de tal ley o reglamento), será claramente un tema que deba entender el Poder Judicial del Estado anfitrión.
- No existe motivo alguno para limitar el concepto “fiscal” a la fiscalidad directa, por lo tanto, este concepto incluye los impuestos indirectos como el IVA.
- Todos aquellos aspectos del régimen tributario que determinan la cuantía del pago, el reintegro de un impuesto, las deducciones, desgravaciones o devoluciones fiscales, son parte de la noción de “medidas fiscales”.
- Determinar si un asunto es o no una medida fiscal, corresponde a su aplicación legal y no a su efecto económico.
- Una ley tributaria es aquella que impone a determinados grupos de personas, la carga de pagar una suma de dinero al Estado para el beneficio público. Las repercusiones económicas o los efectos de estas medidas fiscales pueden ser poco claros e incluso discutibles, no obstante, una medida será fiscal si es

parte del régimen de aplicación de un impuesto. En este contexto, será medida fiscal la que disponga una exención impositiva, la que obligue al pago de un impuesto, la que regule el sistema de recaudación y de devolución del IVA en todas las fases del proceso, la que otorgue derecho al proveedor para compensar el IVA, etc., por lo que también las disputas sobre los reintegros del IVA constituirán temas relacionados con las medidas fiscales.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal determinó que la reclamación de EnCana, respecto al supuesto derecho de sus filiales a ser beneficiarias de la devolución del IVA, estaba excluida del ámbito cubierto por el CFPRI de conformidad con el artículo 12. El Tribunal resaltó que la interpretación de la legislación tributaria para aplicar un impuesto o negar su devolución, constituye, *per se*, una medida tributaria. De igual manera, el Tribunal consideró que incluso en caso de que las decisiones del SRI y de los Tribunales ecuatorianos se hubiesen basado en errores de hecho, tales decisiones no se apartarían del ámbito de exclusión de las medidas fiscales contempladas en el artículo 12 del CFPRI.

4.5.- Repercusiones del arbitraje internacional en materia tributaria sobre la política fiscal de los Estados

Las consecuencias para los Estados de haber sometido, sea voluntaria o involuntariamente, la materia tributaria al arbitraje internacional son varias:

- En el caso Enron, el Estado, en uso de sus facultades soberanas, aplicó una determinada política fiscal en miras de resistir la crisis económica que estaba

atravesando. Al ser competente el Tribunal para conocer sobre las referidas medidas, puede que las llegue a considerar injustificadas y exija que Argentina las suspenda y compense por los daños y perjuicios que éstas pudieron causar al inversionista.

- En el caso Occidental, el Tribunal no realizó un análisis comparativo restringido a sectores similares, sino que hizo una comparación general en la que incluyó a los sectores bananero, florícola y petrolero. De esa comparación, el Tribunal concluyó que el Estado ecuatoriano había discriminado a la demandante por no tratarla de la misma forma que trata a los otros dos sectores. Un razonamiento como este es peligroso¹¹⁶ y contrario al manejo de la política fiscal de los Estados, pues éstos la utilizan como una herramienta para incentivar a ciertos sectores o actividades y para ayudar a los sectores más vulnerables o más importantes de la economía del país, a través de la exoneración de tributos; o para la remediación ambiental, cobrando mayores tributos (conocidos como “green taxes”) a quienes contaminan o causan daños al medio ambiente. El Tribunal debió limitarse a analizar la situación del sector hidrocarburífero, sin compararlo con otros sectores, que tienen un tratamiento diferente por ser diferentes. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, se podría concluir que las exoneraciones son discriminatorias así como también lo serían los beneficios otorgados a discapacitados, tercera edad y niños.
- Asimismo, en el caso Occidental, el Tribunal determinó que la falta de un marco legal transparente y predecible hizo que el Ecuador otorgue un trato injusto e

¹¹⁶ Gerald Heckman, *Investor rights- bilateral investment treaties-national treatment*; recogido en *Internacional Decisions*, pág. 675 y ss.

inequitativo a Occidental. Por una parte se sancionó la falta de claridad del sistema tributario ecuatoriano y por otra se sancionó el cambio de régimen tributario. Este razonamiento es muy subjetivo, pues, generalmente, las leyes tributarias son muy complejas y poco predecibles, y no debe condenarse a un país por cambiar su régimen tributario o por tener un régimen que los árbitros no lo entienden.

- En Occidental, el Tribunal ordenó la devolución del IVA a la petrolera, mientras que la política fiscal mantenida en el Ecuador es que las petroleras no tienen derecho a tal devolución por pertenecer a un régimen especial en el que el Estado les devuelve todos los costos y gastos incurridos al explorar y explotar el petróleo (el IVA está cargado dentro de los costos y gastos). Por lo que el Tribunal ocasionó una doble devolución del IVA, en perjuicio del Estado ecuatoriano e interfirió con la política fiscal del Estado.
- Mientras que el Tribunal arbitral sostuvo que la petrolera tenía derecho a la devolución del IVA, los tribunales locales, en casos idénticos, consideraron que las petroleras no se pueden beneficiar de esta devolución por cuanto la normativa que regula la devolución del IVA no es aplicable al sector hidrocarburífero. En este caso, se podría llegar inclusive a considerar que el laudo arbitral atenta contra el orden público ecuatoriano por ser contrario a las decisiones de las cortes nacionales.
- Dos sentencias del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, afirmaron que el Art. 69 A, no otorga la devolución del IVA pagado en la adquisición o importación de

bienes usados para la extracción de petróleo, por lo que las empresas demandantes no tenían derecho a la devolución del IVA: En el caso City Investing Ltd. vs. Director General del SRI, 8 de noviembre de 2002, se estableció que nadie puede sostener que el petróleo crudo es fabricado ya que es extraído de un depósito mineral en estado natural, por lo que el IVA pagado, en la adquisición local o importación de bienes usados en el proceso para separar el agua y el gas del petróleo crudo, no corresponde a la presunción legal prevista en el Art. 69 A de la Ley de Régimen Tributario interno y, por lo tanto, City Investing Ltd., no tiene derecho a obtener el reembolso del IVA que ha solicitado. En el caso REPSOL vs. SRI, la Corte estableció que el artículo 69 A no se aplica a bienes no manufacturados (Ver sentencia REPSOL YPF de 19 marzo de 2004). La Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en junio de 2007, dentro del juicio iniciado por Occidental and Production Company y la Administración Tributaria Ecuatoriana, señaló: “Para esta Sala Especializada, como se ha dicho en varios casos análogos, ha quedado claro que en el Ecuador, la devolución del IVA no es aplicable a la extracción, transporte y comercialización del petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos.”

- Igualmente, la Ley Interpretativa del Art. 69-A de la Ley de Régimen Tributario, publicada en el Registro Oficial No. 397 de 11 de agosto de 2004, dejó en claro que el reintegro del IVA no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización del petróleo crudo.

- Al haber sostenido el Tribunal, en el caso Occidental, que las Decisiones de la de la Comisión del Acuerdo de Cartagena No. 330 y 388 se aplican a las exportaciones en los mercados mundiales y haber sostenido que el Demandante tenía derecho a la devolución del IVA de conformidad con el Derecho Comunitario Andino, desnaturalizó al Acuerdo de Integración Marco. Pues, la obligatoriedad de aquellos tratados y convenios celebrados con fines específicos por un grupo de Estados no puede rebasar de ese círculo de Estados; dichos tratados vincula y subordina a las partes contratantes. Estos tratados no pueden perjudicar ni beneficiar a terceros. El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina de Naciones regula y se aplica en las relaciones jurídicas comerciales, impositivas y sociales que se dan entre particulares de los Países Miembros de la Comunidad Andina o entre los mismos Estados Miembros. La Decisión 330 –la cual en su propio título indica: Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones **Intrasubregionales**- y la Decisión 388 –cuyo principal objetivo es incentivar la exportación de bienes dentro de la subregión andina- únicamente se aplican a la exportación de productos que se haga de un País Miembro a otro País Miembro, es decir que es aplicable cuando exista una relación de comercio (exportaciones) entre Países Miembros. Bajo ninguna circunstancia se puede pretender que estas Decisiones sean aplicables a todas las exportaciones que se realicen desde el Ecuador a todos los otros países del mundo entero. No está en la lógica jurídica considerar que ambas decisiones hayan tenido como finalidad incentivar las exportaciones hacia todo el mundo, con países no miembros. Esto significaría, incluso, atentar contra el principio de soberanía estatal: pues se habría quitado a los Países Miembros la facultad de regular sus relaciones con los demás Estados.

CONCLUSIONES

Los Estados, sobre todo en vías de desarrollo, suelen procurar la inversión extranjera con la finalidad de promover su desarrollo económico. Es así que, adoptan leyes y medidas internas para establecer el marco dentro del cual se podrán desarrollar las inversiones apropiadamente. Pero además, fomentan la inversión extranjera con la suscripción de tratados internacionales que fortalecen los estándares de protección a los inversionistas y les garantiza una cierta estabilidad.

En esta actividad pública, los Estados enfrentan un reto: promover y atraer la inversión extranjera, conservando al mismo tiempo un margen de libertad necesaria para poder desarrollar sus objetivos de política interna; pues, si bien los TII contribuyen a crear un clima favorable para la inversión en los países receptores, estos limitan la libertad de acción de los Estados partes, tal como lo hace todo tratado o acuerdo internacional.

En estas circunstancias, lo importante es que los Estados procuren un punto de equilibrio entre alcanzar un marco estable, predecible y transparente para fomentar y atraer las inversiones extranjeras directas y conservar un margen de actuación necesario para lograr sus objetivos particulares en el desarrollo nacional.

El excluir la materia tributaria en los TII es, justamente, una manera de mantener el equilibrio. Por una parte, los Estados se reservan su facultad de manejar la política fiscal y, por otra, se obligan a través de TII a incrementar la estabilidad jurídica y disminuir los riesgos políticos a favor del inversionista.

La exclusión de la materia tributaria del ámbito de aplicación de los TII no debería ahuyentar a los inversionistas debido a que ésta se rige por principios universales, generalmente incluidos en las Constituciones Políticas de los Estados, que establecen la generalidad, igualdad, proporcionalidad, no discriminación y legalidad de

los tributos. Esto hace que sea difícil para un Estado que se presume de Derecho, el implantar y sostener una medida tributaria violatoria de estos principios, sin que a la postre exista una adecuada compensación o un recurso interno para el inversionista afectado. Incluso, en caso de existir una real afectación a la inversión por motivos fiscales, el inversor estaría protegido por el TII. Así, por ejemplo, en el caso de que una medida tributaria expropié directamente una inversión.

Además, se debe tomar en cuenta que la política fiscal es un tema sensible para los Estados, cuyas decisiones corresponden a autoridades diferentes de las que negocian los tratados de inversiones. Con la finalidad de prevenir cualquier conflicto de competencia en materia tributaria, y de evitar interferencias con la política fiscal, los Estados debieran preferir no incluir esta materia en los TII.

Sin embargo, en caso de que los Estados decidan incluir la materia fiscal en los TII, éstos deben procurar tener un marco de negociación claro, definido y que salvaguarde sus intereses internos, aspectos que deben verse reflejados en la suscripción de estos instrumentos, de lo contrario podrían ver limitada involuntariamente su política fiscal.

En efecto, la generalidad, la amplitud y la ambigüedad de muchos términos que suelen utilizarse en los tratados de inversión, otorgan a los inversionistas gran discrecionalidad para considerar que una determinada medida tributaria adoptada por el Estado receptor de las inversiones, violenta los compromisos asumidos por el Estado con respecto a las inversiones y, por lo tanto, el conflicto que origine esa “conducta” sería arbitrable de conformidad con el referido instrumento.

Por ello, las disposiciones sobre el alcance de los TII deben formularse de tal manera que preserven las facultades discrecionales de los Estados, sobre todo en materia fiscal. Además, al incluir materia tributaria en los TII, los Estados deben estar

conscientes de que si no la excepcionan de la cláusula arbitral tipo de estos instrumentos, conocida por sus efectos como “*arbitration without privity*” -u oferta abierta para arbitrar- los Estados estarían distrayéndola (a la materia tributaria) de su fuero competente, que son *a priori* las cortes locales, para someterla a consideración de árbitros privados.

En mi criterio personal, el permitir que la materia tributaria sea arbitrable podría llegar a ser muy contraproducente para los Estados, tomando en cuenta que los tributos tienen como objetivo principal solventar el gasto público y ser una herramienta para la política económica y fiscal de los Estados. Por ello, considero apropiado que los Estados, durante la negociación o renegociación de este tipo de tratados, consideren la necesidad de excluir del ámbito de aplicación de estos tratados la materia tributaria, o por último, la limiten a pocas y precisas situaciones.

Considero también que someter materia tributaria al arbitraje internacional sobre la base de tratados de inversiones es tratar de distraer la competencia de los órganos que realmente la tienen y otorgar, de modo oblicuo, competencia a quienes no la tienen. En efecto, la escasa suscripción de cláusulas arbitrales en materia específicamente fiscal, demuestra que la voluntad de los Estados es, justamente, no someter controversias fiscales al arbitraje internacional.

Ahondando un poco más en lo dicho, si tomamos en cuenta que existen alrededor de 2600 convenios para evitar la doble tributación en el mundo entero, y que únicamente unos pocos de estos instrumentos especializados en la materia fiscal establecen la voluntad clara e inequívoca de los Estados partes para someter controversias sobre aspectos fiscales al arbitraje internacional, podemos concluir que los Estados están renuentes a permitir que se sometan estos temas al arbitraje internacional.

Dentro de este contexto, es paradójico que, por una parte, los Estados no acepten el arbitraje cuando se trata de convenios que regulan específicamente la materia tributaria y que, por otra, los mismos Estados confieran competencia de modo oblicuo al arbitraje internacional en materia tributaria, a través de tratados específicos de inversión.

Finalmente, se debe tomar en cuenta que permitir que los árbitros se pronuncien sobre la exigibilidad o la cuantía de un impuesto, tal como sucedió en el caso Occidental en que el Tribunal determinó cuanto debe devolver el Estado por concepto del impuesto al valor agregado pagado, es muy peligroso para la soberanía estatal y conflictivo para la política fiscal de los Estados. Esto incluso podría conllevar a que los Estados aleguen la nulidad del laudo arbitral por atentar contra el orden público.

Además, los arbitrajes internacionales en materia tributaria podrían violentar principios tributarios como el de legalidad, reserva de ley e indisponibilidad de las obligaciones tributarias. Además, pueden resultar discriminatorios frente a los nacionales que no tienen acceso al arbitraje internacional, por no estar comprendidos dentro de la protección de los TII.

En este último caso, los árbitros podrían condenar a un Estado a pagar una indemnización por discriminación en materia tributaria o una compensación por el efecto expropiatorio de una tal medida, pero no podría entrar a pronunciarse sobre la validez o no del tributo o de su devolución. Eso se lo debe dejar a las cortes nacionales especializadas en materia tributaria.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

- A. Marco Chávez Gonzáles, *El Arbitraje Internacional Tributario y los Convenios para Evitar la Doble Tributación suscritos por el Perú.*”; publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación; 10 de mayo de 2006; Perú;
- Adeoye Akinsanya; *International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World*, 2004.
- Andrea Amatucci; *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo Primero; El Derecho Tributario y sus Fuentes. Editorial Temis S.A, Bogotá - Colombia 2001.
- Andrea Amatucci; *Tratado de Derecho Tributario.*; Tomo Segundo; La Relación jurídico- Tributaria, el Procedimiento de Aplicación de la Norma Tributaria. Editorial Temis S.A, Bogotá - Colombia 2001.
- Antonio Cayón Galiardo y otros, *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*; XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario; Cartagena de Indias, octubre 1995. Instituto de Estudios Fiscales- Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997.
- Bishop R. Doak; Crawford James and Reisman W. Michael, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.
- FOCO, *The Bilateral Investment Treaties and The Cases at ICSID: The Argentine experience at the beginning of the Twenty One Century*, septiembre 2006.
- Gabriela Álvarez Ávila; *Las Características del Arbitraje CIADI*; Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol II, 2002.
- Humberto Briseño Sierra, *Derecho Procesal Fiscal, el Régimen Federal Mexicano*; Segunda Edición; Cárdenas, editor y Distribuidor, México, 1975
- José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo II; Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas; Madrid - España, 1979.
- M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001.
- Paul Comeaux y Stephan Kinsella, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clause and MIGA and OPIC Investment Insurance*; 2006
- R. Doak Bishop, James Crawford y Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes*, 2005.

Schreuer Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*; Cambridge University Press, UK, 2001.

Troya José Vicente, *Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional*, Revista Foro, UASB, Quito, 2004.

Troya, José Vicente, *El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano*, material impartido a la asignatura de Derecho Material Tributario.

Artículos:

De Kluwer Law Internacional:

Ancel Pascal; *Arbitrage et ordre public fiscal*; Revue de l'arbitrage, 2001 - No. 2, pp. 269 – 288

Durand Philippe; *Colloque Arbitrage et fiscalité: La fiscalité des institutions d'arbitrage*; Revue de l'arbitrage, 2001 - No. 2, pp. 361 – 370

Fadlallah Ibrahim; *Colloque Arbitrage et fiscalité: Arbitrage international et litiges fiscaux*; Revue de l'arbitrage, 2001 - No. 2, pp. 299 – 310

Kwatra G.K.; *Arbitration in International Tax Disputes: a New Approach*; Journal of International Arbitration, Vol. 5 No. 4 (1988), pp. 151 – 164

Le Gall Jean Pierre; *Colloque Arbitrage et fiscalité: Rapport de synthèse*; Revue de l'arbitrage, 2001 - No. 2, pp. 371 – 38

Le Gall Jean Pierre; *Fiscalité et arbitrage* (suite Cf. la première partie de cet article in Rev. arb. , 1994.3.); Revue de l'arbitrage, 1994 - No. 2, pp. 253 – 278

Le Gall Jean Pierre; *Fiscalité et arbitrage*; Revue de l'arbitrage, 1994 - No. 1, pp. 3 – 38

Maktouf Lotfi; *Resolving International Tax Disputes through Arbitration*; Arbitration International, Vol. 4 No. 1 (1988), pp. 32 – 48

Manciaux Sébastien; *Changement de législation fiscale et arbitrage international*; Revue de l'arbitrage, 2001 - No. 2, pp. 311 – 342

Park William W.; *Finality and Fairness in Tax Arbitration*; Journal of International Arbitration, Vol. 11 No. 2 (1994), pp. 19 – 31

De la Organización para el Desarrollo y la Coperación Económica, OCDE

OECD; *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/3, OECD Publishing. doi:10.1787/675702255435

De la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD:

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*; New York y Ginebra, 2007

UNCTAD, *Contratos de Estado*, Ginebra 2004.

UNCTAD, *Formulación de Normas Internacionales en Materia de Inversión*; Ginebra y New York, 2007.

UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I, Ginebra y New York, 2004. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10.

UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*; Ginebra y New York, 2006.

UNCTAD, *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*; Ginebra y New York, 2006

UNCTAD, *Taxation*; New York y Ginebra 2000. UNCTAD/ITE/IIT/16

UNCTAD, *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*; Ginebra y New York 2007.

UNCTAD; *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*; United Nations; New York and Geneva, 2003

UNCTAD; *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*; Unctad Series On International Investment Policies For Development; UNITED NATIONS; New York And Geneva, 2005

Otros:

Overseas Private Investment Corporation, *Annual Report 1984*; OPIC.

Margarita T.B. Coale; *Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions*; 2003.

Juan David Barbosa Mariño Y Wendy Galarza-Andrade; *Arbitraje Internacional en materia de impuestos: La Cláusula de Excepción de Tributación Occidental Exploration And Production Company C. República Del Ecuador (London Court Of International Arbitration Administered Case N° UN.3467*; Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) 2007.

Normativa Jurídica

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Convenio de Inversión Extranjera celebrado entre la República del Ecuador y Finlandia. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

Tratado para la promoción y protección recíproca de las inversiones firmado entre Estados Unidos y Ecuador. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de Noviembre del 2005.

Un gran número de tratados internacionales sobre inversiones vigentes.

Páginas webs de relevancia:

www.ciat.org

www.oecd.org

www.worldbank.org/icsid/

www.unctad.org

www.lcia.org

www.wto.org

www.oas.org

www.worldbank.org/icsid/

www.servilex.com.pe

www.sice.oas.org

www.uncitral.org

www.caricom.org