

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR.
SEDE ECUADOR**

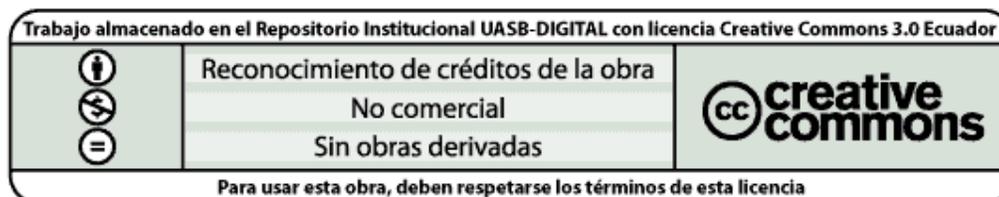
ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
TRIBUTARIO**

**LA FIGURA DE LA MEDIDA TRIBUTARIA
EXPROPIATORIA EN EL MARCO DE LOS TRATADOS
BILATERALES DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE
INVERSIONES**

FERNANDO ANDRÉ ROJAS YEROVI

2013



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Fernando André Rojas Yerovi, autor de la tesis intitulada “La Figura de la Medida Tributaria Expropiatoria en el Marco de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, mención Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 15 de julio de 2013

Firma:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR.
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN TRIBUTARIO

**LA FIGURA DE LA MEDIDA TRIBUTARIA
EXPROPIATORIA EN EL MARCO DE LOS TRATADOS
BILATERALES DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE
INVERSIONES**

FERNANDO ANDRÉ ROJAS YEROVI

2013

TUTOR: GUSTAVO GUERRA BELLO

SAN FRANCISCO DE QUITO-ECUADOR

Abstract

Este trabajo está dirigido a realizar un estudio de lo que se ha denominado la medida tributaria expropiatoria; para lo cual, primero, se analiza a los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones y otros acuerdos internacionales en materia de inversión, sus principales características, su evolución en el tiempo, sus diferencias con otros instrumentos internacionales.

La discusión luego se zanja, en diferenciar entre la expropiación y la confiscación, adentrándose principalmente en el estudio del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria, así como una referencia al resto de principios tributarios que recoge nuestra Constitución.

Finalmente, la investigación se detiene a delimitar el concepto de lo que se ha llamado expropiación indirecta, presentándose algunas consideraciones académico jurídicas al respecto, obteniendo la conclusión personal de que una medida de naturaleza tributaria nunca puede ser vista como una expropiación indirecta.

Agradecimiento

Mi más profundo agradecimiento a todos
quienes forman parte de la Universidad Andina
Simón Bolívar

Dedicatoria

A mi padre Fernando Rojas Celi
mi madre María Yerovi Ávila
mi hermana Michelle Rojas Yerovi

Índice

Abstract	
Introducción.....	8
CAPÍTULO I: Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones, Convenios de Estabilidad Jurídica y Convenios para evitar la Doble Imposición...	11
1.1. Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones.....	11
1.1.1. Antecedentes históricos.....	12
1.1.2. Descripción.....	17
1.1.3. Partes.....	21
1.1.4. Solución de controversias.....	30
1.1.4.1. Arbitraje en materia tributaria.....	33
1.1.5. Regulación de materia tributaria en los TBIs.....	39
1.2. Contratos de Estabilidad Jurídica.....	40
1.2.1. Antecedentes históricos.....	42
1.2.2. Principales características.....	43
1.3. Principales rasgos de los Convenios para evitar la Doble Imposición.....	44
CAPÍTULO 2: Expropiación vs. Confiscación.....	49
2.1. Derecho de propiedad	49
2.2. Expropiación.....	50
2.3. Confiscación.....	53
2.4. Principio de no Confiscatoriedad.....	55
2.4.1. Derecho de propiedad y su alcance junto con el principio de no confiscatoriedad.....	65
2.5. Régimen tributario ecuatoriano.....	68
CAPÍTULO III: ¿Figura de la medida tributaria expropiatoria?.....	75
3.1. Expropiación Indirecta.....	75
3.1.2. Clases.....	80
3.1.3. Diferencias con la expropiación directa.....	82
3.2. Naturaleza y características de la Expropiación Indirecta.....	82
3.2.1. Referencia a casos vividos por los Estados Unidos de México...	92
3.2.2. Referencia a casos vividos por la República de Argentina.....	97
3.3. Lineamientos de políticas públicas.....	99
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	122

Introducción

Desde los años noventa nuestro país, así como el resto de países latinoamericanos, han suscrito unos instrumentos internacionales denominados de manera general como Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones- en adelante TBIs-; los que dentro de sus normas, han establecido unas de protección de las inversiones contra medidas estatales que incidan negativamente en una inversión; como la discriminación, trato preferencial, expropiaciones de cualquier tipo, entre otras.

Estos tratados básicamente regulan los derechos y obligaciones de los países signatarios de los mismos, los de sus inversionistas respecto de sus inversiones en el otro país signatario y, además, establecen las reglas que se deberán seguir en caso de surgir una controversia entre el inversionista y el Estado; por lo que, se considera conceptualmente que un TBI está compuesto de cuatro partes principales: (i) campo de aplicación; (ii) normativa relativa a la admisión de inversiones; (iii) normativa relativa al tratamiento de las inversiones, (iv) normativa sobre solución de controversias.¹

En el ámbito del derecho internacional, se ha desarrollado la figura de expropiación indirecta, “entendiendo como tal una acción o conjunto de acciones que resulten equivalentes a una expropiación o nacionalización.”² Figura que tiene dos diferentes modalidades, expropiación de facto o propiamente dicha y expropiación progresiva.

Como se evidenciará, la expropiación indirecta no requiere la existencia de una privación expresa del derecho de propiedad del inversionista, “sino que se haya adoptado una medida o serie de medidas que, como lo establecen la mayoría de los *BIT*, tengan el mismo efecto [...]”³. De conformidad con lo doctrina internacional, el elemento decisivo es que “la medida o serie de medidas resulten una pérdida material del control o del valor económico de la inversión, lo cual puede presentarse en un gran variedad de formas.”⁴

¹ Ignacio Suárez, “Particularidades del acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2010, p. 67-68.

² Adrián F. Rodríguez Piedrahita, “El concepto de medidas tributarias con alcances expropiatorios: una aproximación desde la óptica de los tratados bilaterales de inversión”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010, p. 270.

³ *Ibíd.*, p. 272.

⁴ *Ibíd.*, p 273.

Es así que ha surgido la idea de tributo expropiatorio, concretamente a partir de las normas de protección de inversiones de los TBIs; pero, en realidad una medida de naturaleza tributaria ¿puede ser considerada como expropiatoria?

El caso *Marvin Feldman vs. Estados Unidos de México*, señala que las medidas tributarias por su propia naturaleza, aun cuando no hubiesen sido diseñadas para tener efecto expropiatorio, podrían tener consecuencias indirectas y un efecto equivalente a una expropiación.⁵

En el caso *Occidental vs. Ecuador* (2004), el tribunal señaló que los impuestos puede dar como resultado la expropiación al igual que otros tipos de medidas reglamentarias.⁶Sobre la base los casos citados se entendería que una medida de naturaleza tributaria si podría ser considerada como expropiatoria, requiriéndose que de la medida “resulte en un pérdida material del control o del valor (o beneficio) económico de la inversión”.⁷

Por otro lado, hay quienes sostienen que una medida de naturaleza tributaria no puede ser considerada como expropiatoria; por cuanto, el poder tributario, el poder de establecer tributos está dentro de la esfera de los poderes de policía del Estado. Los actos en ejercicio de esos poderes no pueden ser sujetos de juzgamiento internacional siempre que se cumplan unos mínimos requisitos.

En este trabajo se analizará si una medida de naturaleza tributaria puede ser considerada como expropiatoria o, si por el contrario no puede ser vista de tal forma si no de otra distinta, como violatoria del principio de no confiscatoriedad.

Para canalizar la temática planteada, este trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero, se analiza los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, sus antecedentes, los intervinientes en los mismos, la posibilidad que estos instrumentos internacionales ofrecen respecto del arbitraje internacional de inversiones, deteniéndonos en una revisión respecto del arbitraje en materia tributaria. Se analizan los Convenios de Estabilidad Jurídica, las características de los mismos; así como, los antecedentes que estos tuvieron en nuestra legislación y, como en otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro han funcionado. Finalmente, se revisan las principales características de los Convenios

⁵ Caso *Marvin Feldman vs. México*, párr. 101-106,

⁶ Caso *Occidental vs. Ecuador*, julio 1 de 2004, párr. 85.

⁷ Adrián F. Rodríguez Piedrahita, *El concepto de medidas...*, art. cit., p. 278.

para Evitar la Doble Imposición, destacándose la importancia que tienen en el mundo actual, sin dejar de mencionar los suscritos por el Ecuador.

En el segundo capítulo centramos la atención en la expropiación y dentro de ella, siendo necesario, en el derecho a la propiedad; nos referimos así mismo, a la confiscación diferenciándola con absoluta claridad de la expropiación. Posterior a ello, se analiza el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria, realizándose una distinción respecto de cómo se lo ha explicado en la doctrina del derecho tributario. Finalmente, nos referiremos en términos generales al régimen tributario existente en el Ecuador, describiendo brevemente los principios que lo componen.

En el tercer capítulo, se explicará que no únicamente las tomas directas que implican la transferencia del título y/o derecho de dominio de la propiedad hacia el Estado en ejercicio de su potestad de imperio, implican una expropiación –expropiación directa; sino también, algunas medidas que no implican transferencia del derecho de dominio pueden constituir expropiaciones, en el sentido de que destruyen el valor económica de las inversiones o, privan a sus propietarios de su capacidad para gestionar, utilizar o controlar su propiedad de una manera significativa –expropiación indirecta-. Se explica que las medidas regulatorias que toman los Estados, para reglamentar situaciones en función al interés público, en ejercicio de sus poderes de policía, no dan lugar a la obligación de compensar a los afectados, por cuanto no constituyen expropiación de ningún tipo. Con base en ello, luego se explica nuestra posición de que la concepción de la figura de la medida tributaria expropiatoria no tiene un sustento jurídico adecuado, sino que la misma ha sido un arbitrio creado por varios tribunales internacionales, que desconocieron la doctrina de los poderes de policía de los Estados.

CAPÍTULO I: Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones, Convenios de Estabilidad Jurídica y Convenios para evitar la Doble Imposición.

1.1. Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones

En los últimos años, frente a la globalización de los mercados, el aumento de las inversiones directas, la interacción cada vez mayor con países desarrollados y el deseo de disfrutar de los beneficios del libre comercio, ha surgido una necesidad evidente de satisfacer las tendencias impuestas por el proceso de desarrollo económico y tráfico comercial, motivando el incremento de celebración de un tipo de instrumento denominado Tratado, Acuerdo o Convenio Bilateral de “Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, cuya práctica se dio por primera vez a fines de la década de 1950.⁸

Los Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones, en adelante TBIs, aparecieron para promover una mayor cooperación económica entre países, con respeto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una parte en el territorio de la otra parte, reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser otorgado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y desarrollo económico de las partes; y, conviniendo en que es deseable un marco estable para las inversiones, brindando ciertas garantías de trato sustancial y procesal aminorando los riesgos asociados con los proyectos de inversión en jurisdicciones extranjeras.

Los TBIs se celebran entre dos países determinados, pretendiendo que las inversiones que realicen los inversionistas de un país en el territorio del otro país signatario sean tratadas de forma no menos favorable que la que se otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades.

⁸ Javier Robalino Orellana, “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2009, p.41.

Se busca con estos instrumentos atraer el capital, generando un ambiente económico y jurídico⁹ que resulte atractivo para los inversores extranjeros, denominado como “clima de inversión”.¹⁰ Por lo cual, se puede decir que los objetivos generales de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, son:

i) promover el incremento de la inversión extranjera directa entre los países signatarios, y ii) proveer a los inversionistas de un marco jurídico internacional que les brinde protecciones y garantías recíprocas que vayan más allá de las que le otorgaría el ordenamiento interno del país receptor de la inversión.¹¹

1.1.1. Antecedentes históricos

Debemos volcarnos en el tiempo, mucho antes de lo que imaginaríamos, para encontrar los primeros rastros de lo que hoy tenemos y entendemos como Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones. Desde finales del siglo XVIII encontramos Tratados Bilaterales de Comercio que si bien, no tenían como objeto regular la inversión extranjera, tenían disposiciones atinentes a la propiedad o al ejercicio de actividades económicas de un nacional en el territorio de otro Estado.¹²

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial muchos países, utilizando el principio de la soberanía territorial, nacionalizaron sus recursos naturales, produciendo expropiaciones de inversiones extranjeras; además, con al auge de la doctrina socialista y sus implicaciones, las inversiones directas se redujeron y en ciertos lugares fueron prohibidas;¹³ frente a ello, nacieron los denominados “Tratados –Acuerdos- de Amistad, Comercio y Navegación”, en inglés *Friendship, Commerce*

⁹Ibíd.

¹⁰Informe sobre el desarrollo mundial 2005: “*Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*” *Panorama general*, Washington D.C., Banco Mundial, p. 1. Define al clima para la inversión como “*el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan*”. Disponible en: <http://www.worldbank.org> . Véase también <http://www.econ.worldbank.org/wdr/wdr2005>

¹¹ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de medidas...*, art. cit., p. 250.

¹² Leonardo Granato, *Protección del Inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, p.14, Disponible en: <http://books.google.com.ec/books?id=EqSK-ojmsvIC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

¹³ R. Doak Bishop, James Crawford y Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes*, 2005, Capítulo I. Véase también: Claudia Helena Salgado Levy, *Materia tributaria en los Tratados Internacional de Inversiones*, Tesis de Maestría, Quito, 2007, Capítulo I.

and Navigation Treaties, suscritos durante la posguerra hasta finales de la década de los 60, principalmente por los Estados Unidos de América, Europa Occidental y Japón,¹⁴ los que se referían principalmente al comercio.¹⁵

Leonardo Granato refiriéndose a estos tratados señala:

La mayor parte de estos tratados abarcan temas diversos; desde el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a ser asesorado jurídicamente, el derecho a un juicio rápido, hasta el tratamiento nacional del inversionero extranjero, la ejecución de los laudos arbitrales, la protección de la propiedad adquirida, la igualdad en el trato impositivo, la administración y los controles cambiarios, el tránsito de bienes y personas, el derecho a locar y adquirir propiedades, derechos e impuestos a la importación y exportación, entre muchos otros.¹⁶

Básicamente estos otorgaban una protección general a la propiedad, a las personas físicas y jurídicas con un carácter recíproco pretendiendo establecer normas de intercambio económico; es decir, el ámbito de aplicación de estos va más allá de las inversiones internacionales, las que eran tratadas colateralmente por éstos.¹⁷

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, surge una nueva especie de tratados en materia de inversiones que buscaban el “reconocimiento internacional de la validez de seguros nacionales contra riesgos no comerciales”, como la expropiación, daños por conflictos armados, etc. Estos seguros eran otorgados por los países exportadores de capital a las inversiones que realicen sus nacionales en países extranjeros¹⁸, el país receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos que realizará el país asegurador a su inversionista. Con motivo de estos seguros, surgen programas de garantía multilateral desarrollados por el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Garantía Multilateral de Inversiones *-Multilateral Investment Guarantee Agency-*.

¹⁴ Leonardo Granato, *Protección del...*, op. cit., p. 14.

¹⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Nueva York y Ginebra, NACIONES UNIDAS, 2008, p. 8

¹⁶ Leonardo Granato, *Protección del...*, op. cit., p. 14.

¹⁷ Georgina Garriga Suau, “Los Tratados Bilaterales de Inversiones (BIT’s)”, en *Arbitraje Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, Lima, Palestra, 2009 p. 282.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 283

Posterior a ellos, comienza la suscripción de lo que hoy se conocen como Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones conocidos en español como -TBIs- ó, en inglés como *Bilateral Investments Treaties -BIT's-*.

En 1959, Alemania y Pakistán concluyeron el primer TBI¹⁹, a “partir de entonces, Alemania siguió negociando otros, pronto lo siguieron otros países como: Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Suecia y Suiza, los que concluyeron sus primeros TBI entre 1960 y 1966.”²⁰

Como lo señala Fernández de Gurmendi la suscripción de estos tratados se convirtió “en una política deliberada de los países exportadores de capital [...]”²¹, como se evidencia con el gráfico de abajo:

Cuadro No. 1.- TBI por país y por región hasta el 2002²²

Region	Number of BITs	Economy	Average BITs /Economy
Developed countries	1170	26	45
Developing countries	1745	150	12
Africa	533	53	10
Latin America and the Caribbean	413	40	10
Asia and the Pacific	1003	57	18
CEE	716	19	38

Fuente: *UNCTAD*, Base de datos TBIs.

En un inicio los TBIs, eran suscritos entre países exportadores de capitales y países en vías de desarrollo. “Si bien es cierto que los términos de estos tratados eran impuestos por el país más fuerte económicamente, no es menos cierto que para

¹⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Regulación internacional...*, op. cit., p. 9.

²⁰ *Ibíd.*, p. 9-10.

²¹ Silvia A. Fernández de Gurmendi, “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, en *Relaciones Internacionales*, Buenos Aires, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de la Plata, No. 3, p. 68.

²² United Nations Conference of Trade and Development, en: [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx).

concluir estos tratados, aún en estas condiciones, se necesitó de una voluntad real del Estado en vías de desarrollo de querer suscribirlos.”²³

La estructura de los TBIs es parecida en casi todos los casos, pese a lo cual, la naturaleza de su contenido presenta diversas variaciones en función del TBI que se trate –disposiciones particulares-.²⁴ El contenido al igual es similar; la gran mayoría de ellos, a partir de 1962 fueron influenciados por el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico a sus Estados miembros.²⁵

Existen varios modelos de TBI, no obstante dos son los patrones o modelos más utilizados, por un lado el llamado modelo europeo y, por otro el modelo norteamericano, diferenciándose en la “cuestión de la admisión de las inversiones extranjeras. Así, mientras en el modelo europeo de BIT se caracteriza por condicionar la referida admisión a la legislación del Estado receptor de la misma, por su parte, el modelo norteamericano de BIT condiciona dicha admisión al tratamiento contenido en el propio BIT”²⁶. De lo anterior se deriva que, el modelo europeo de TBIs resulta ser más tuitivo de la soberanía estatal; mientras que, el modelo norteamericano acentúa el poder de protección al momento de suscripción del tratado.

A partir del año 1990, se evidencia un crecimiento de estos tratados, siendo negociados también entre dos Estados en vías de desarrollo. “La motivación para este tipo de tratados puede explicarse porque desde finales del siglo XX y principios del actual, una gran cantidad de países en desarrollo empezaron a generar inversiones en otros territorios”²⁷, como por ejemplo China, país que hasta el 2010 cuenta con 125 TBIs suscritos.²⁸

Los primeros TBIs suscritos por los Estados exportadores de capital fueron con los países de África y Asia; posteriormente, éstos empezaron a ser suscritos con países de Europa central, finalmente en la última década del siglo pasado, se empiezan a suscribir por países de Latinoamérica, entre ellos el Ecuador.

Con el gráfico que se presenta a continuación se puede apreciar la participación de los países por regiones en los TBIs, desde 1980 hasta 2011.

²³ Gustavo Prieto, “Evolución del Derecho Internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”, en *Revista de Derecho Foro No. 17*, Quito, UASB-Ecuador /CEN, 2012, p. 22.

²⁴ Georgina Garriga Suau, *Los Tratados Bilaterales...*, art. cit., p. 283

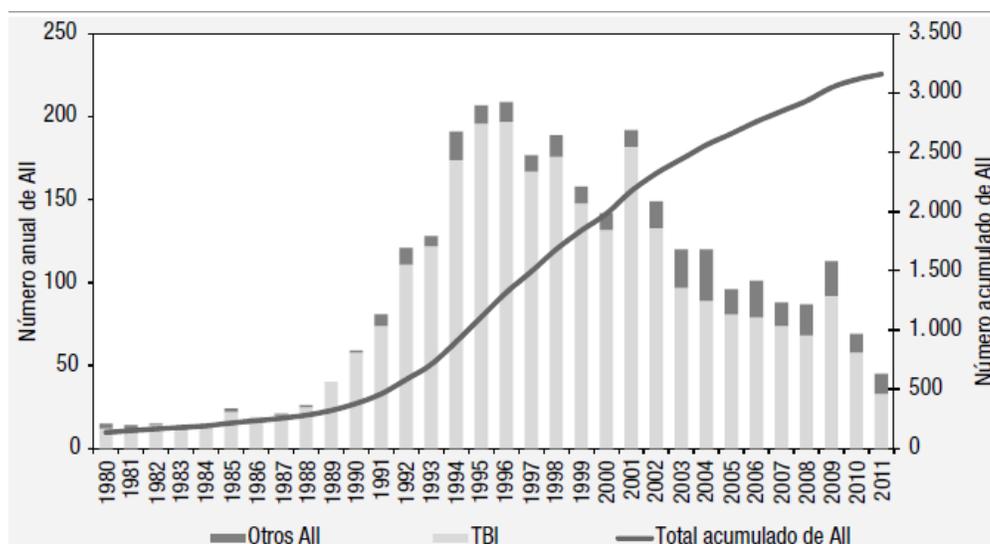
²⁵ Leonardo Granato, *Protección del...*, op. cit., p. 15.

²⁶ Georgina Garriga Suau, *Los Tratados Bilaterales...*, art. cit., p. 283

²⁷ *Ibíd.*, p. 22, 23.

²⁸ *Ibíd.*.

Gráfico No. 1.- Tendencia de los TBIs contrastada con otros instrumentos internacionales desde 1980-2011²⁹



Fuente: UNCTAD, *World Investment Report*, 2012.

La demora ocasionada desde la primera suscripción de un TBI, 1959, hasta la fecha en la cual los países de Latinoamérica empiezan con la suscripción de estos, se debe a que eran altamente influenciados por la doctrina Calvo³⁰; la que defendía la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados receptores de la inversión, así como la aplicación de su legislación a las inversiones realizadas en sus Estados por extranjeros.³¹

No obstante ello, los TBIs no fueron lo único que se desarrolló en el ámbito del derecho internacional, se suscribieron acuerdos multilaterales con objeto de las inversiones como: (i) La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; que básicamente, señala que es potestad de los Estados normar las inversiones extranjeras foráneas; así como compensar casos de expropiación de inversión. (ii) Acuerdo de la Organización

²⁹ United Nations Conference of Trade and Development, *Taxation*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York y Ginebra, UNITED NATIONS, 2000, p. 15.

³⁰ Georgina Garriga Suau, *Los Tratados Bilaterales...*, art. cit., p. 280

³¹ Bernardo M. Cremades señala que en la actualidad en América Latina se habla del resurgir de la doctrina Calvo. Véase: Bernardo M. Cremades, "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 2007, p. 19.

Mundial del Comercio sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio, el que establece restricciones o prohibiciones en las que no pueden incurrir los países como por ejemplo la tributaria. (iii) Acuerdo Multilateral de Inversiones en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el que buscó un régimen común que regulase las inversiones que se realicen dentro de los territorios de los Estados miembros. (iv) Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, con el que se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI-, estableciendo una jurisdicción convencional especializada. (v) Convenio para la creación del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, buscando la promoción de flujos de inversiones, así como el aseguramiento de riesgos en los Estados foráneos. (vi) Tratado de la Unión Europea sobre Movimientos de Capital y Establecimiento, con el objeto de sellar el mercado común de la Unión Europea. (vii) Tratado de Lisboa, por el cual, la inversión extranjera ha pasado a formar parte de la política comercial de la Unión Europea como competencia exclusiva; antes de éste, los Estados miembros ejercían ésta competencia a través de acuerdos bilaterales de protección de inversiones con terceros países.

1.1.2. Descripción

Un Tratado de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones, regula los derechos y obligaciones de los países signatarios del mismo, los de sus inversionistas respecto de sus inversiones en el otro país signatario y además, establece las reglas que se deberán seguir en caso de surgir una controversia entre el Inversionista y el Estado. Básicamente, establecen un régimen de obligaciones y derechos de los que los Estados contratantes son acreedores y deudores.³²

Una lectura rápida no crítica de los TBIs, puede llevarnos a la conclusión de que todos son similares o, que prácticamente son iguales; pero nada más alejado de la realidad, pues los TBIs no son iguales, existe entre ellos diferencias sutiles que conllevan consecuencias decisivas frente a un determinado caso.

³² Georgina Garriga Suau, *Los Tratados Bilaterales...*, art. cit., p. 283.

De modo general, siguiendo lo dicho por Ignacio Suárez³³ un Tratado de Protección y Promoción de las Inversiones conceptualmente puede dividirse en cuatro partes fundamentales:

(i) Campo de aplicación.-Después de establecer las circunstancias que los envuelven así como los objetivos que persiguen, constan las disposiciones que establecen su ámbito de aplicación: i) ámbito material, ii) personal, iii) territorial y, iv) temporal. Tanto el ámbito material como el personal van a ser tratados a profundidad en el punto 1.1.3 de este trabajo, basta ahora solo hacer una pequeña referencia a los mismos.

El ámbito material básicamente se refiere a las inversiones que configuran el objeto material de los TBIs; mientras que, el ámbito personal se refiere a los beneficiarios de los contenidos de los TBIs, el ámbito material determina que se debe entender por inversión en los términos de cada TBI y, el ámbito personal determina quién puede ser considerado como inversor en los términos de cada TBI.

El ámbito territorial, no es otra cosa que la zona geográfica dentro de la cual el TBI surte efectos. De los suscritos por el Ecuador, existen unos que no regulan este ámbito, como por ejemplo el suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña; otros, como el suscrito entre Ecuador y España señalan: “artículo 1 [...]4.- El término "territorio" designa el territorio nacional sobre el que cada una de las Partes Contratantes tiene jurisdicción o soberanía de conformidad con el Derecho Internacional y la Legislación de cada una de las Partes Contratantes.” y, otros como el suscrito entre Ecuador y Bolivia señalan:

artículo 1 [...]4) El término "territorio" significa: (i) Con respecto a la República de Bolivia, comprende todo el espacio sujeto a la soberanía y jurisdicción del Estado boliviano, conforme a su respectiva legislación y al Derecho Internacional.(ii) Con respecto a la República del Ecuador, comprende el territorio nacional, incluyendo el mar territorial, y aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior de dicho mar territorial, sobre los cuales, de conformidad con su legislación y el Derecho Internacional, pueda ejercer soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

El ámbito de aplicación temporal, se refiere al periodo de vigencia de sus disposiciones,³⁴ generalmente los TBIs prevén un periodo de vigencia de 10 años, proveyéndose una prórroga en la generalidad por otros 10 años; es así que, en caso de

³³ Véase punto 1.1.2. de este trabajo.

³⁴ Georgina Garriga Suau, *Los Tratados Bilaterales...*, art. cit., p. 299.

denuncia por alguno de los Estados contratantes, las inversiones efectuadas antes de la misma son protegidas por un período de prórroga de diez años.

Como señala Georgina Garriga Suau, “Si la finalidad de aportar estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones extranjeras añadimos la naturaleza duradera intrínseca a las mismas no resulta extraño que todos los *BIT*'s prevean disposiciones que establecen la continuación de la vigencia de los mismos, incluso en la hipótesis de que alguna parte los denunciara, por un periodo igual al de su vigencia inicial [...]” Para saber cuál es el ámbito temporal de cada TBI, se debe estar a lo que cada uno disponga.

Merece especial atención la retroactividad que puede llegar a tener un TBI, como por ejemplo el suscrito entre Ecuador y Alemania que señala: “Artículo 8.- Protección de Inversiones anteriores.- El presente Tratado se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los nacionales o sociedades de una Parte Contratante a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de ésta última”, protegiéndose inversiones realizadas con anterioridad al tratado suscrito, ello con base en la concepción de seguridad jurídica señalada en párrafos anteriores, lo cual es una exageración.

(ii) Normas relativas a la promoción y admisión de inversiones.- En cuanto a la admisión de las inversiones, recordando lo dicho en líneas anteriores, los TBIs que se guían bajo el modelo europeo, la reenvían a las disposiciones del Estado receptor de las mismas; mientras que, los que siguen el modelo norteamericano como característica primigenia, incorporan la regulación de la admisión de las inversiones a su texto. Por ello, el modelo europeo es mayormente permisible en cuanto a la vinculación de la admisión de las inversiones extranjeras con la soberanía de los Estados.³⁵

Respecto a la promoción de las inversiones, se señala la necesidad de fomentar las mismas estableciéndose las condiciones para que los inversores de la otra parte contratante inviertan en el territorio; debemos entender, que la promoción de las inversiones vendría acompañada con el compromiso de los Estados, de conceder los permisos respectivos para cada tipo de inversión que cumpla con los requerimientos de los ordenamientos internos.

³⁵ *Ibíd.*, p, 301.

(iii) Normas relativas al tratamiento de las inversiones y de los inversionistas.-Parte medular de los Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones, pues implica asumir obligaciones específicas de trato con relación a las inversiones que cumplan las reglas de admisión y califiquen dentro del ámbito de protección del tratado.³⁶ Recordemos que el objetivo de los TBIs es el favorecer el régimen recíproco de las inversiones y establecer un marco de protección para las mismas, obteniendo estabilidad y seguridad jurídica, por lo que estos instrumentos contienen estándares de: trato justo y equitativo, tratamiento nacional, nación más favorecida.

El estándar de trato justo y equitativo -digo estándar en el sentido de que representa un mínimo de protección-, se encuentra en desarrollo y evolución, ya que a pesar de ser una disposición común en el mundo de los TBIs su concepto contiene varias aristas, las que deben ser analizadas en cada caso y dependiendo de cada TBI. Así mismo, ningún de estos tratados contiene una definición de lo que debe entenderse por trato justo y equitativo. La doctrina lo califica como un concepto jurídico indeterminado, los elementos que deben destacarse de este estándar son: obligación de no discriminación, obligación de transparencia, obligación de respeto de los compromisos asumidos con el inversor, juicio equitativo.³⁷

Por el estándar de tratamiento nacional, se debe entender que los Estados contratantes deben conceder a las inversiones del otro Estado un tratamiento no menos favorable que el que se otorga a sus propios inversores, es así que el contenido de éste estándar estará determinado por el ordenamiento interno del Estado receptor de la inversión.

Por el estándar de nación más favorecida, se debe entender que los inversores del otro Estado contratante tienen el derecho a solicitar del Estado receptor de las inversiones, un trato más favorable que este último Estado otorga a un tercer Estado, lo que no puede ser entendido como absoluto, en el sentido de que debe ser respetuoso de procesos de unión aduanera, procesos de integración económica. Así mismo, se excluye de éste generalmente, las obligaciones de acuerdos internacionales como los Convenios para evitar la doble imposición internacional.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

(iv) **Normas sobre la solución de las controversias.-** Este tema va a ser desarrollado a profundidad en el punto 1.1.4., no obstante ello, los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones

[...] contienen dos tipos de mecanismos de solución de controversias. El primero, para aquellas disputas que surgen entre los estados signatarios del TBI con motivo de la aplicación e interpretación de éste. El segundo, dirigido a resolver las disputas que pueden surgir entre quienes están habilitados para invocar la protección del TBI y el estado huésped de la inversión.³⁸

En este trabajo nos vamos a referir al segundo mecanismo de solución de controversias, en el sentido de que la figura de la medida tributaria expropiatoria, ha sido desarrollada en las disputas que se han generado entre los inversores protegidos por un TBI determinado y el Estado receptor de la inversión.

1.1.3. Partes

Las inversiones configuran el objeto material de los TBIs, es así que la definición de la palabra “inversión” es crucial dentro de un Tratado Bilateral de Protección y Promoción de las Inversiones.

Eduardo Silva Romero³⁹, manifiesta que debe hacerse una diferenciación entre los pronunciamientos que sobre el tema de la definición de inversión han emitido los tribunales arbitrales que obran bajo el imperio del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “CNUDMI”, “*UNCITRAL*”, siendo la última sus siglas en inglés y, los que han sido expedidos por tribunales que obran de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados suscrito en Washington en 1965 –CIADI-. Siendo el centro u las reglas de arbitraje de inversiones más utilizadas.

En cuanto a los que obran bajo el imperio del Reglamento de la *UNCITRAL*, vale ver como se ha utilizado un criterio subjetivo para determinar el significado del término inversión, como ejemplos, tomo los mismos casos a los que Silva Romero hace alusión:

³⁸ *Ibíd.*, p. 68

³⁹ Eduardo Silva Romero, “Por un regreso del sentido ordinario de la palabra “inversión””; en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2009.

(i) Caso *SwemBalt AB, Sweden vs. La República de Lituania*, en el cual, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que:

La compraventa de un navío destinado a un centro de negocios flotante es según el TBI aplicable, una “inversión”, desestimó las objeciones a la competencia presentadas por Lituania y decidió en un laudo final, condenar a Lituania a pagar una suma de dinero. Lituania no cumplió con dicho laudo voluntariamente. Swembalt, empresa sueca, por consiguiente, intentó entonces ejecutar el laudo arbitral de manera forzosa en Dinamarca ante la Corte Marítima y Comercial de Copenhague. Lituania, por su lado, se opuso a la ejecución de dicho laudo arguyendo que un navío comprado con destino a un centro de negocios flotante no constituía una “inversión”. La Corte Marítima y Comercial de Copenhague, sin embargo, confirmó la definición y agregó que la palabra “inversión” comprendida en el TBI debía ser interpretada de una manera amplia y no restringida.⁴⁰

Es decir, califica una compraventa en términos generales como una inversión.

(ii) Caso *Mytilineos Holdings S.A. vs. La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*, en el cual en un laudo parcial⁴¹, ante las objeciones de competencia deducidas por las demandadas, que invocaban los criterios determinantes a una inversión desarrollados por la jurisprudencia arbitral del CIADI para demostrar que la operación económica que a continuación se describe no era una inversión y, por lo tanto, el tribunal arbitral no era competente para conocer el tema de fondo de la controversia. El tribunal arbitral concluyó, que un contrato de *partnership*, por medio del cual, se entregaba capital y repuestos a una empresa estatal minera y se asumía la obligación de adquirir parte de su producción constituía una inversión, de acuerdo a los términos del TBI aplicable.⁴²

⁴⁰ *Ibíd.*, p.223

⁴¹ El laudo parcial es aquel que versa sobre una parte del objeto de litigio, sobre uno de los puntos de la demanda o la contestación; estos pueden ser objeto de un recurso inmediato. Véase: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/hernandez_f_vw/capitulo7.pdf

⁴² Caso *Mytilineos Holdings S.A. vs. La Unión de Serbia & Montenegro*: “It is the established practice of ICSID tribunals to assess whether a specific transaction qualifies as an “investment” under the ICSID Convention, independently of the definition of investment in a BIT or other applicable investment instrument, in order to fulfill the *ratione materiae* prerequisite of Article 25 of the Convention. This requirement is set out in Article 25(1) of the Convention which confines the jurisdiction of ICSID arbitration tribunals to “*legal dispute[s] arising directly out of an investment without defining “investment.”* [...] However, this latter *ratione materiae* test for the existence of an investment in the sense of Article of the 25 ICSID Convention is one specific to the ICSID Convention and does not apply in the context of *ad hoc* arbitration provided for in BITs as an alternative to ICSID. In the present *ad hoc* arbitration under the UNCITRAL Rules one would therefore have to conclude that the only requirements that have to be fulfilled in order to confer *ratione materiae* jurisdiction on this Tribunal are those under the BIT”. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MytilineosPartialAward.pdf>

(iii) Caso *PrenNreka vs. La República Checa*, en el cual otro tribunal arbitral, decidió que un contrato de renovación y arrendamiento de un inmueble para instalar una pizzería celebrado entre la Administración y un particular era en los términos del TBI entre Croacia y la República Checa una inversión. Ante ello, la República Checa, interpuso recurso de anulación contra el laudo que sostuvo lo mencionado ante la Corte de Apelaciones de París –por el hecho de que la sede del arbitraje fue París–, pero la Corte rechazó el recurso y confirmó lo dicho por el tribunal arbitral.⁴³

Con los casos señalados se evidencia que se ha dado una definición demasiado vasta a la noción de inversión. Se mantiene el criterio que mientras la actividad que se realiza este dentro de las precisadas en el TBI, puede ser considerada como inversión; olvidando lo que nos dice la simple lógica de lo que debería ser una verdadera inversión, olvidando así mismo que el Derecho es dinámico y más aún el Derecho Internacional.

Siguiendo lo dicho por Silva Romero, en cuanto a los casos que obran bajo el CIADI, Centro de Arbitraje creado a través de la Convención de Washington o Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados-el que no comprende una definición explícita de inversión-, se evidencia una limitación del concepto de inversión, ya sea por la aplicación de un laudo que estableció los elementos de una inversión, ya sea por la naturaleza mercantil de la operación económica en causa ó, por el principio de buena fe.

El tribunal del caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Morocco*, sometido a las reglas CIADI, recurriendo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, establece cuatro elementos de la noción de inversión: “La Doctrina considera generalmente que una inversión supone aportes, cierta duración de ejecución del mercado y una participación en los riesgos de la operación. A la lectura del

⁴³Caso *PrenNreka vs. La República Checa*: “Considérant que les dispositions du TBI qui viennent d’être rappelées ne fournissent pas de critère pour caractériser ce qu’est un investissement mais donnent seulement une énumération, et encore de manière non limitative, des cas considérés comme des investissements, que les conditions soulevées par la République tchèque quant à la définition de l’investissement ajoutent au texte du TBI lequel n’en fait pas une question de compétence ; Que le seul test est celui de savoir si l’opération qui sert de base à la demande entre dans le cadre des prévisions du TBI pour vérifier si elle peut effectivement bénéficier de l’offre d’arbitrage du traité, cette exigence étant en l’espèce réalisée pour des locaux cédés à bail pendant 15 ans en contrepartie de l’exécution de travaux de rénovation qui constituent un investissement selon les termes très larges du TBI que l’on a rappelés et qui visent notamment n’importe quel droit contractuel”. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>

preámbulo de la Convención debe añadirse el criterio de la contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión de la inversión”⁴⁴, estos cuatro elementos son conocidos actualmente como la prueba *Salini*.

Siguiendo la Prueba *Salini*-, el tribunal arbitral del caso *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. vs. Egipto*, señaló:

El Convenio del CIADI no contiene una definición del término "inversión". El Tribunal coincide con los precedentes del CIADI que, con sujeción a las variaciones de menor importancia, se han basado en la llamada "Prueba Salini". Esta prueba identifica los siguientes elementos como indicativos de una "inversión" a los fines del Convenio del CIADI: (i) una contribución, (ii) un cierto periodo de tiempo durante el cual se ejecuta el proyecto, (iii) la distribución de los riesgos operacionales, y (iv) una contribución al desarrollo del Estado de acogida, en el entendimiento de que estos elementos pueden estar estrechamente relacionados entre sí, deben ser examinados en su totalidad y normalmente dependerá de las circunstancias de cada caso.⁴⁵

No obstante ello, se ha notado una cierta reticencia con respecto del cuarto elemento de la prueba *Salini*. Emmanuel Gaillard, citado por Eduardo Silva, en su artículo, “Por un regreso al sentido ordinario de la palabra inversión”, sostiene que, “la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión no es un elemento de la noción de “inversión” o, a lo sumo, se halla comprendida implícitamente en los tres primeros identificados por el tribunal arbitral *Salini*”.⁴⁶

Personalmente, concuerdo con la precisión realizada por Gaillard, en el sentido de que el cuarto requisito que determinó la prueba *Salini*, se ve reflejado en los tres anteriores ya que no es absolutamente claro que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión constituya un elemento esencial de la noción inversión, sin dejar de observar por otro lado la finalidad de los TBIs, la promoción y protección de las inversiones, ya que si los Estados aceptan proteger la inversión extranjera a través de los TBIs lo hacen con la expectativa de impulsar el desarrollo económico de sus pueblos.

⁴⁴ Eduardo Silva Romero, *Por un regreso...*, art. cit., p. 229.

⁴⁵ Caso *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. vs. Egipto*: “The ICSID Convention contains no definition of the term “investment”. The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called “*Salini* test”. Such test identifies the following elements as indicative of an “investment” for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State’s development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case”. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNuljurisdiction061606.pdf>

⁴⁶ Eduardo Silva Romero, *Por un regreso...*, art. cit., p.p. 230-231.

Por otro lado, los laudos internacionales han dado muestras de limitar la noción de inversión por otros mecanismos, como el de la naturaleza mercantil de la operación económica en causa o por el principio de buena fe.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, no contiene ninguna definición estricta de lo que se entiende por el término “comercial”, si bien en la nota al párrafo 1 del artículo 1 se señala que debe dársele “una interpretación amplia” y se enumeran varios ejemplos de relaciones, que podrían describirse como de índole comercial “contractuales o no”; evidenciándose la existencia de una amplísima lista de actividades que serían calificadas como operaciones mercantiles; no obstante ello, de esa lista se desprende que varias actividades que pudiendo ser consideradas como inversiones serían operaciones mercantiles.

Siguiendo este criterio, en el caso *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*, un tribunal arbitral CIADI se declaró incompetente para conocer del fondo del asunto, al concluir que un contrato de compraventa no puede ser una inversión, sino una operación mercantil,⁴⁷ criterio este de limitación no del todo claro, quedando librado a la subjetividad del tribunal y al principio *kompetenz-kompetenz*.⁴⁸

Por otro lado el principio de la buena fe, ha sido aplicado de dos maneras distintas⁴⁹ de forma general:

(i) Tribunales arbitrales han decidido declararse incompetentes en casos en los cuales los supuestos inversionistas han elaborado montajes societarios para obtener de esta manera acceso a las protecciones del TBI aplicable, como en el caso *Phoenix Action Ltda vs. La República Checa*, en el cual el tribunal arbitral señala que la buena

⁴⁷ Caso *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*: “The Tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment. International contracts are today a central feature of international trade and have stimulated far reaching developments in the governing law, among them the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and significant conceptual contributions. Yet, those contracts are not investment contracts, except in exceptional circumstances, and are to be kept separate and distinct for the sake of a stable legal order. Otherwise, what difference would there be with the many State contracts that are submitted every day to international arbitration in connection with contractual performance, at such bodies as the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration?”. Disponible en: http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf

⁴⁸ Por el principio *kompetenz kompetenz*, se debe entender que los únicos autorizados para dirimir sobre la competencia de los árbitros son ellos mismos.

⁴⁹ Eduardo Silva Romero, *Por un regreso...*, art. cit., p.236.

fe sería un principio general del derecho internacional como criterio determinante de la noción inversión⁵⁰

(ii) Varios tribunales se han declarado “incompetentes ante supuestas inversiones realizadas en violación del derecho del Estado receptor de la inversión”. Los casos *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. La República del Salvador*⁵¹, *World Duty Free vs Kenia*⁵² y *Plama Consortium Limited vs. La República de Bulgaria*⁵³, ilustran esta limitación⁵⁴, dejando claro que las inversiones realizadas mediante actos de corrupción no pueden ser protegidas; traducándose el principio de buena fe “[...]en la condena del abuso del derecho y la corrupción, y el respeto debido a las leyes y los reglamentos de los Estados receptores de la inversión.”⁵⁵

Sobre la base de lo señalado se puede decir que, los casos resueltos bajo el CIADI, evidencian una orientación a la búsqueda de una noción única y objetiva de inversión.⁵⁶

⁵⁰ Caso *Phoenix Action Ltda. vs. La República Checa*: “In the instant case, no question of violation of a national principle of good faith or of international public policy related with corruption or deceitful conduct is at stake. The Tribunal is concerned here with *the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID*. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.” Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PhoenixAward.pdf>.

⁵¹Eduardo Silva Romero, *Por un regreso...*, art. cit., p. 238.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 239

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶En nuestro país, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351, de diciembre 29 de 2012, dentro de su Libro II, Título I, trae normas relativas al Fomento, Promoción y Regulación de las Inversiones Productivas, tanto así que en su artículo 13 establece definiciones del término inversión:

Artículo 13 Definiciones.- Para efectos de la presente normativa, se tendrán las siguientes definiciones:

a. Inversión productiva.- Entiéndase por inversión productiva, independientemente de los tipos de propiedad, al flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional;

b. Inversión nueva.- Para la aplicación de los incentivos previstos para las inversiones nuevas, entiéndase como tal al flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo, en los términos que se prevén en el reglamento. El mero cambio de propiedad de activos productivos que ya se encuentran en funcionamiento así como los créditos para adquirir estos activos, no implica inversión nueva para efectos de este Código.

c. Inversión extranjera.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generad en el Ecuador.

d. Inversión nacional.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, o por extranjeros residentes en el Ecuador, salvo que demuestren que se trate de capital no generado en el Ecuador, y;

Una vez analizado el ámbito material, se debe analizar el ámbito personal, con respecto del cual, los TBIs se aplican sólo a las inversiones de los inversionistas que califiquen como tales de conformidad con el tratado bajo estudio. La definición de inversionista o inversor es, pues tan importante para determinar el alcance de un TBI como la de inversión.⁵⁷

La definición de inversionista normalmente incluye a las personas naturales y personas jurídicas -entidades jurídicas-.⁵⁸ No todos los tratados utilizan el término inversionista, algunos se refieren a ellos como “nacionales” o “sociedades”, englobando el primero a las personas naturales y el segundo a las personas jurídicas.⁵⁹

Con respecto a las personas naturales -personas físicas-, la cuestión principal que se plantea es la de determinar el vínculo relevante entre ellos y el Estado con el cual se suscribió el TBI. Las personas jurídicas, por otro lado, pueden ser incluidas dentro de un TBI ya sea por su creación jurídica, su propósito o su propiedad.

Las personas naturales son consideradas como inversionistas, sólo si tienen la nacionalidad de un Estado suscriptor de un TBI ó en algunos casos, si están vinculados a ese Estado de otra manera, como por ejemplo a través de la residencia o domicilio.⁶⁰

Algunos TBIs, requieren de algún otro tipo de vínculo que va más allá de la nacionalidad, como por ejemplo el TBI entre Alemania e Israel -1976-, que establece en su artículo 1 numeral (3) literal (b), que el término nacionales significa con respecto a Israel, los ciudadanos israelíes residentes permanentes del Estado de Israel. Con lo que, un vínculo como el de la residencia permanente puede ser utilizado como una alternativa al vínculo de nacionalidad.⁶¹

e. Inversión nacional.- La persona natural o jurídica, propietaria o que ejerce control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. También se incluye en este concepto, las personas naturales o jurídicas o entidades de los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios ecuatorianos, propietarios o que ejercen control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. Las personas naturales o ecuatorianas que gocen de doble nacionalidad, o los extranjeros residentes en el país para los efectos de este Código se considerarán como inversionistas nacionales.

No se considera como inversión extranjera, aquella realizada por una empresa nacional o extranjera, cuyas acciones, participaciones propiedad o control, total o mayoritario, le pertenezcan a una persona natural o sociedad ecuatoriana

⁵⁷ United Nations Conference of Trade and Development, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2011, p. 72.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 13

⁵⁹ Véase Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1 literal b).

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ United Nations Conference of Trade and Development, *Scope and...*, op. cit., p. 74.

Es interesante al respecto, el TBI suscrito entre Ecuador y Canadá, en el que existe una diferencia de enfoque que se consagra entre los inversores de Canadá y los de Ecuador; con respecto a los primeros, pueden no ser necesariamente un nacional, sino basta que tenga residencia permanente; mientras que, para los segundos necesariamente se debe tener la nacionalidad en virtud de sus leyes:

Art 1. [...] (h) "Inversionista" significa: En el caso de Canadá: (i) Cualquier persona natural que sea nacional canadiense, o residente permanente de Canadá a tenor de sus leyes; o, (ii) Cualquier empresa incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de Canadá, que efectúa la inversión en el territorio del Ecuador; y, En el caso del Ecuador: (i) Cualquier persona natural que es nacional del Ecuador a tenor de su legislación; o, (ii) Cualquier empresa constituida de conformidad con las leyes y reglamentos del Ecuador, con domicilio en el territorio del Ecuador que efectúa la inversión en el territorio de Canadá y que no posee la ciudadanía canadiense.

Un estudio realizado por la *UNCTAD*⁶², publicado bajo el título “*Scope and Definition*”, señala que la mayoría de TBIs no traen consigo normas que regulen la doble nacionalidad⁶³.

Respecto a las personas jurídicas, se tiene a las privadas y las organizaciones estatales, en las últimas debe examinarse cada TBI, se debe determinar si es que se puede incluir las entidades estatales sin personalidad jurídica.

Muchos TBIs mencionan expresamente a las entidades de propiedad estatal ya que, modernamente los Estados tienden a perseguir actividades de inversión y ampliar su ámbito de actuación. Así, el TBI entre Ecuador y Canadá señala: “Artículo 1.- [...] (k) "empresa estatal" significa una empresa que sea propiedad del gobierno o que esté controlada por un gobierno, en virtud de sus intereses en dicha empresa; [...]”.

La mayoría de los TBIs respecto de las personas jurídicas privadas, a efectos de discernir si el régimen tuitivo del TBI de que se trate va aplicársele, utilizan tres criterios diferentes: el país de la organización o incorporación, el país de la sede, o el país de la propiedad o control; en ocasiones, se utiliza una combinación de estos tres criterios.⁶⁴

⁶² Siglas que significan: United Nations Conference on Trade and Law Development

⁶³ *Ibíd.*, p. 75-79.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 13.

El país de organización, es una prueba de fácil aplicación para la determinación de la nacionalidad de una persona jurídica, por lo general no habrá ninguna duda sobre el país bajo cuya legislación una persona jurídica se encuentra constituida u organizada, además de que el país de constitución no se cambia fácilmente.⁶⁵ El país de la sede o domicilio social, se refiere al lugar donde se lleva a cabo una gestión eficaz de las actividades económicas que se realizan.⁶⁶ El país de la propiedad o control, significa que una persona jurídica será considerada como inversionista de un Estado, por las personas dueñas de dicha persona jurídica o por las que la controlen; prueba de difícil determinación por cuanto, las empresas pueden cambiar de accionistas o socios, adquiriendo especial dificultad cuando las empresas cotizan en bolsas de valores.⁶⁷

De todo lo dicho hasta este punto, se puede decir que los TBIs, el conjunto de normas que ellos envuelven, los acuerdos antes citados y otros, han sido consideradas modernamente como un “régimen global emergente” de inversiones⁶⁸, el que tiene varias debilidades, algunas de ellas son retratadas en este trabajo, otras no por exceder del ámbito del mismo, pero que de forma general han ocasionado diversos problemas, al respecto Gustavo Prieto resume las debilidades de la siguiente manera:

[...] a) la falta de uniformidad en formulación de los principios sustantivos. Esto significa que aunque en casi todos los tratados se utilicen los mismos estándares de trato, son expresados en diferentes tipos de redacciones con diferente alcance; b) la inexistencia de un solo cuerpo u organismo que interprete estas normas diversas ya que al usar tribunales arbitrales como medio de solución de disputas, existen casi tantos interpretadores como conflictos que se llevan a arbitraje. [...] donde diferentes tribunales lleguen a diferentes conclusiones sobre el mismo tratado, diferentes tribunales organizados bajo diferentes tratados lleguen a diferentes conclusiones sobre los mismos hechos y cuando diferentes tribunales organizados bajo diferentes tratados pero que consideren hechos similares lleguen a conclusiones opuestas; finalmente, c) el régimen de inversiones solo ha considerado una parte de la relación, esto es la protección de la inversión, dejando de lado a la otra parte que es el inversionista y los intereses del Estado receptor, lo que ha ocasionado que temas como desarrollo sostenible, Derechos humanos, temas ambientales y responsabilidad empresarial hayan quedado al margen de cualquiera de las múltiples normas de inversión.

⁶⁵ *Ibídem.*

⁶⁶ *Ibídem.*

⁶⁷ *Ibídem.*

⁶⁸ Jeswald W. Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No 2, 2010, p. 427.

1.1.4. Solución de controversias

En el Derecho Internacional, en el caso de controversias, el remedio clásico⁶⁹ para solucionar las situaciones en las que un Estado inobserva o viola los derechos que tienen los extranjeros en una jurisdicción foránea ha sido la protección diplomática, la que implica una reclamación internacional de un Estado hacia otro, por la ofensa que ha sufrido su nacional.

Los TBIs, han cambiado drásticamente la situación antes descrita, pues permiten que los inversores directamente administren por sí mismos los derechos allí consagrados; sin incluso, el agotamiento de los remedios internos⁷⁰. Existe en ellos una relación inmediata entre el inversor y el acceso a una jurisdicción para hacer valer los derechos allí consagrados.

Es así, que los TBIs establecen en sus cláusulas una de arbitraje, método de solución de conflictos que se ha convertido en el más utilizado en materia de inversiones en la actualidad, que tiene como uno de sus objetivos dejar atrás la protección diplomática.

El poder acceder al arbitraje y, por ende a la jurisdicción arbitral que establecen los TBIs presupone el cumplimiento previo y acumulativo de tres niveles técnico jurídicos diferenciados⁷¹: (i) circunstancias objetivas, subjetivas, temporales de la disputa, las que deben ser coincidentes con el TBI correspondiente; (ii) cumplimiento con los requisitos materiales o procesales adicionales, como los períodos de espera; y, (iii) cumplimiento de reglamentos, normas que regulan las jurisdicciones a las que un TBI nos permite acceder⁷².

Nos centraremos en los requisitos mencionados en segundo lugar, los enunciados en primer lugar ya fueron abordados al hablar de la definición de inversión y la noción de inversionista; mientras que, los mencionados en tercer lugar son particulares de las normas de cada TBI.

La gran mayoría de TBIs establecen una primera fase, barrera temporal que se suele ser denominada como período de negociación, tiempo de espera ó periodo de

⁶⁹ Ignacio Suárez, *Particularidades del acceso...*, art. cit., p. 68-69

⁷⁰ Este es el caso en la gran mayoría de los TBIs, sin embargo algunos TBIs requieren el uso previo de los tribunales locales por un cierto período. Ver artículo 9 (2) TBI Ecuador – China: “Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar el mismo al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.”, Véase también TBI Ecuador – El Salvador, artículo 10 (2).

⁷¹ Ignacio Suárez, *Particularidades del acceso...*, art. cit., p. 69.

⁷² *Ibidem*.

enfriamiento⁷³. Así, como ejemplo el TBI entre Ecuador y Argentina señala: “Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible solucionada por consultas amistosas.”⁷⁴

La duración de este período varía tratado por tratado, en la gran mayoría de TBIs suscritos por Ecuador, este período tiene una duración de 6 meses, que generalmente opera desde que se notifica la existencia de una disputa en los términos del TBI;⁷⁵ en otros, se impone el deber de intentar resolver la disputa mediante consultas y negociaciones, sin establecer un plazo concreto para esos fines.⁷⁶

La mayoría de TBIs no disponen de formalidad alguna en estos casos, pero por razones de conveniencia este periodo denominado de espera, se inicia mediante una notificación al órgano responsable del manejo de las relaciones exteriores del Estado huésped de la inversión –en nuestro caso el Consejo Sectorial de la Producción- y, usualmente se envía copia al Ministerio de Relaciones Exteriores, al ente que tiene a su cargo la defensa del Estado frente a reclamos patrimoniales internacionales, que sería la Procuraduría General del Estado, a través de la Dirección de Patrocinio Internacional y, al órgano o dependencia del Estado cuya conducta ha generado la disputa.

El contenido de la notificación debe ser lo suficientemente completo como para que la parte estatal pueda identificar: al inversor, establecer si califica como tal en los términos del TBI aplicable, determinar los actos o hechos atribuibles al Estado que se alegan como violaciones al Tratado y, las normas del mismo que se consideran violadas.

En algunas ocasiones, los inversores han obviado este período previo y han pretendido activar directamente los mecanismos jurisdiccionales que disponen los TBIs. Los tribunales han reaccionado de diversa forma frente a esta hipótesis, en

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Véase TBI Ecuador – Argentina, artículo 9 (1)

⁷⁵ Véase TBI Ecuador – Canadá, artículo 13 (2): “Si una disputa no se hubiese resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4). A efectos de este párrafo, se considera que se ha iniciado una disputa cuando el inversionista de una Parte Contratante haya notificado por escrito a la otra Parte Contratante alegando que una medida tomada, o no tomada, por esta última viola este Convenio, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia o resultantes de tal violación.”

⁷⁶ Véase: TBI Ecuador – Bolivia, artículo 9 (1); TBI Ecuador – Perú, artículo 8 (1); TBI Ecuador – Rumania, artículo 10 (1).

algunos casos los han calificado como requisitos meramente procedimentales⁷⁷ y, en otros han considerado que tal incumplimiento afecta la jurisdicción del tribunal.⁷⁸

En el evento de que el periodo de espera no diere resultados –resolver la controversia–, se pasa a la fase de arbitraje internacional, que como se señaló en el caso de los TBIs, corresponde a un arbitraje de inversiones.

En cuanto a las jurisdicciones disponibles para solucionar las disputas entre inversores y Estados los TBIs varían, algunos permiten elegir entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, otros permiten una sola opción, otros permiten elegir entre distintas reglas de arbitraje internacional, como un arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI⁷⁹, de conformidad con las reglas CNUDMI⁸⁰ ó un arbitraje administrado por otras organizaciones como la CCI, etc.

Lo que no puede ser objeto de confusión, lo que debe quedar claro, es que el arbitraje previsto en los TBIs es un arbitraje de inversiones; en el cual se discuten obligaciones y responsabilidades del Estado en relación a violaciones o incumplimientos de tratados de inversiones específicos y no necesariamente controversias contractuales.⁸¹

⁷⁷ Véase caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca>

⁷⁸ Véase caso Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador: “315. En segundo lugar, al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la *oportunidad* de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante priv  al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción.” Publicado en: http://ita.law.uvic.ca/documents/BurlingtonResourcesInc_v_Ecuador_Jurisdiction_Span.pdf

⁷⁹ Mediante oficio No. T.4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 el Presidente de la República, solicitó a la Comisión de Legislación y Fiscalización la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI, bajo lo preceptuado en el artículo 419 número 7. El pleno de la Comisión de Legislación y Fiscalización, en sesión No. 44 del 12 de junio de 2009 resolvió aprobar el pedido del Presidente. El 2 de julio de 2009 se expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823 para la denuncia del Convenio CIADI.

Como lo dispone el artículo 71 de la Convención, la República del Ecuador, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores notificó la denuncia al Banco Mundial el 6 de julio de 2009. Posterior a la recepción de la notificación, el Banco Mundial notificó a todos los Estados miembros sobre la denuncia del Convenio por parte de la República del Ecuador como lo determina el artículo 75 del Convenio CIADI, de conformidad a este artículo la denuncia tienen vigencia seis meses después de recibida la notificación, es decir, 7 de enero de 2010. Sin embargo, la denuncia del Convenio CIADI, no implica directamente el retiro unilateral del consentimiento para someter ciertas disputas al arbitraje del Centro, ni dejar de cumplir obligaciones internacionales contraídas con anterioridad.

⁸⁰ Ignacio Suárez, *Particularidades del acceso...*, art. cit., p. p.79.

⁸¹ Es importante tener presente el concepto de cláusulas paraguas, que es la disposición contenida en los TBIs que impone a cada Estado contratante el requisito de observar todas las obligaciones en materia de inversión pactadas con los inversionistas del otro Estado contratante.

1.1.4.1. Arbitraje en materia tributaria

En este punto, no podemos dejar de entrar en una discusión que no ha sido ni es pacífica en la doctrina, el arbitraje en materia tributaria, tema que por sí solo sobrepasa el ámbito de ésta investigación. Por ello, basta en este punto evidenciar nuestra posición, los desarrollos de la doctrina y la normativa que al respecto existe en nuestro país.

Antes del análisis propuesto debe alertarse que puede darse un arbitraje tributario referente a asuntos internos y un arbitraje tributario de asuntos internacionales.

En las últimas décadas se ha propuesto la utilización del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias como idóneos para solucionar los conflictos que puedan surgir entre los contribuyentes y las administraciones tributarias, entre las razones que generan ésta propuesta destacan: el incremento desmedido de casos tanto en la esfera administrativa como en la contenciosa, la duración interminable de los mismos, desconocimiento de los juzgadores, etc.

Nuestra Constitución en su artículo 190 reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir de conformidad con la ley.

Se ha dicho que el arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos en materia tributaria, podrían entrar en pugna con los principios de legalidad, reserva de ley y de indisponibilidad de las obligaciones tributarias.⁸²

Téngase claro que no es lo mismo la facultad de resolver una controversia mediante un laudo con efectos de cosa juzgada que, habilitar a un grupo de personas para que legislen en materia tributaria.⁸³

Como se sabe la obligación tributaria es una obligación *ex-lege*, vincula directamente y desde la propia ley al contribuyente con la Administración, de tal manera que la Administración no puede sustituir la ley por un acuerdo con el contribuyente, por ello tradicionalmente la doctrina rechaza la aplicación de los

⁸² José Vicente Troya J, *Estudios de Derecho Internacional Tributario*, Quito, Pudeleco editores S.A. , p. 173

⁸³ Mauricio Plazas Vega y Mauricio Piñero Perdomo, “Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Tributaria”, en *XXVII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2003, p. 581.

métodos de auto-composición en el ámbito tributario, ya que los mismos llevan a algún tipo de acuerdo entre el sujeto activo y pasivo de la obligación tributaria.

El contribuyente en este ámbito solo puede decidir si realiza o no un determinado supuesto de hecho, en caso de hacerlo deberá asumir con independencia de su voluntad las consecuencias tributarias que genera; de esta manera el acto de liquidación de un tributo se manifiesta como un acto automático de aplicación de la ley, sin que la Administración tributaria pueda hacer algo distinto de lo establecido en la ley.⁸⁴

Lo señalado nos llevaría a concluir que la ley tributaria es plena, completa y perfecta, no deberían existir conflictos en materia tributaria si se aplicaría sin más consideraciones el silogismo tradicional del derecho, pero en realidad, basándome en consideraciones obvias, la anterior posición no puede ser sostenida en nuestro ordenamiento, ya que como evidencia el día a día en los tribunales, las leyes no determinan de una manera perfecta los elementos de la obligación tributaria⁸⁵, además en un ordenamiento en el cual existen principios y reglas el silogismo tradicional llega a ser insuficiente.

Las disposiciones normativas son susceptibles de interpretación, ya que existen casos en los cuales los elementos de la obligación tributaria no son claros, son equívocos, lo que produce que la Administración interprete las normas de una manera y contribuyente otra, teniendo presente que la interpretación de la ley no es un proceso mecánico que admite soluciones únicas.⁸⁶

Es la propia ley la que nos coloca ante supuestos de hecho o elementos del hecho imponible inciertos que hay que concretar con pruebas que pueden ser también contradictorias. Si bien la ley no autoriza a negociar o a transigir, utiliza unas definiciones legales –con lo que, recordémoslo, cumple el principio de reserva-indeterminadas que producen incertidumbre entre las partes y cuya resolución está, hoy por hoy, siempre en manos del acreedor y, en última instancia, del órgano judicial correspondiente.⁸⁷

⁸⁴ Mauricio Piñeros Perdomo, “Arbitraje en materia tributaria”, en *Memorias XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Quito, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, p. 81.

⁸⁵ Véase como es regulado el impuesto a los espectáculos públicos en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

⁸⁶ Mauricio Plazas Vega y Mauricio Piñero Perdomo, *Métodos Alternativos de...*, art. cit., p. 585.

⁸⁷ Juan Ramallo Massanet, “La Eficacia de la Voluntad de Las Partes en las Obligaciones Tributarias”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 234-235.

Frente a este tipo de conflictos –interpretación-aplicación- con el arbitraje en materia tributaria no se busca sustituir la ley o alejarse de ella sino solucionarlos, no puede decirse que el arbitraje pretende desconocer la ley, a la cual le está reservado el determinar los elementos de la obligación tributaria, conforme el procedimiento constitucional y legalmente establecido; sino que, la ley al definir esos elementos no puede ser siempre clara, dando espacio a interpretaciones diversas que pueden devenir en conflictos, casos en los que es válido dar cabida al arbitraje para solucionarlos, lo que no implica la violación del principio de reserva de ley, ni al principio de legalidad.

La circunstancia de que un laudo arbitral de materia tributaria se aparte de la ley, sea contraria a derecho, puede darse como también, que cualquier decisión que se adopte de conformidad con los métodos tradicionales. Es así que el momento al cual se puede violar el principio de reserva de ley y al principio de legalidad es al momento de creación de derecho positivo, no al momento de su aplicación.

Con respecto a la discusión de la indisponibilidad del tributo, no es correcto aludir a la disposición de un derecho cuya magnitud es cierta, como lo señalan Mauricio Plazas Vega y Mauricio Piñeros Perdomo:

Quando el contribuyente y la Administración tributaria discuten sobre los elementos de una obligación tributaria de carácter particular o concreto, no existen derechos ciertos e indiscutibles del Estado ni créditos tributarios indisponibles, de manera que la aplicación de métodos alternativos para la solución de los conflictos entre el contribuyente y la administración no supone la violación del principio de indisponibilidad de los tributos.

Por otro lado, se ha dicho también que los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria pueden vulnerar el principio de igualdad, pero debe entenderse que en esta materia –tributaria- la igualdad no puede ser entendida como matemática, ésta “consulta la capacidad contributiva del administrado y en ese sentido, si a través de la transacción se fijan hechos inciertos estableciendo su concreción, no hay trato discriminatorio alguno, si no hubiera tal fijación sí habría vulneración del principio de igualdad.”⁸⁸

⁸⁸Mauricio Plazas Vega y Mauricio Piñero Perdomo, *Métodos Alternativos de...*, art. cit., p. 592.

Con el arbitraje en materia tributaria, los árbitros obran como jueces en el sentido más riguroso del término, deben solucionar las controversias a ellos sometidos teniendo como marco de referencia la ley tributaria y las circunstancias del contribuyente; es decir, el tercero imparcial que soluciona las controversias deja de ser un juez estatal y se convierte en un juez arbitral, por lo que cambia es el tercero que soluciona el conflicto existente, pero los insumos que requiere siguen siendo los mismos.

En otros países se han dado casos en los cuales la Administración y los contribuyentes en diferente medida tienen acercamientos, destacan entre ellos: (i) *Consell Tributari* Municipal de Barcelona, que es un órgano consultivo que emite dictámenes sobre proyectos de fallos administrativos que no son obligatorios; (ii) *Accertamento con adesione*, que se da en Italia, permitiendo definir de común acuerdo entre la Administración y el contribuyente la deuda tributaria; (iii) *Administrative Dispute Resolution Act*, que promueve la resolución de conflictos a través de métodos alternativos.⁸⁹

En nuestro país existieron el sistema de estimación objetiva, el convenio tributario, los que permitían un acercamiento entre la Administración y los contribuyentes. Actualmente destacan la consulta tributaria, el derecho a las facilidades de pago y porque no la prescripción y la caducidad como manifestaciones, por un lado de que, la voluntad de los contribuyentes puede incidir en la indisponibilidad de la obligación tributaria y se evidencia que el principio de indisponibilidad del crédito tributario no puede ser entendido como absoluto.

En el ámbito internacional, al igual que lo señalado anteriormente hay quienes admiten la aplicación del arbitraje tributario internacional y otros que no. Ribes recuerda el debilitamiento que sufre el principio de legalidad en el Derecho Internacional Tributario, frente a otros principios como el de la reciprocidad.⁹⁰

El arbitraje internacional es un instrumento que se ha venido desarrollando de forma exponencial en el ámbito mundial, como ejemplo más patente de esta realidad destaca el ámbito del comercio internacional, en el cual lo más común es someter a arbitraje las controversias que pudieren surgir, dejando por fuera a los jueces nacionales de los distintos Estados, ya sea por razones de seguridad ó imparcialidad en la solución de las controversias.

⁸⁹ José Vicente Troya J., *Estudios de Derecho...*, op. cit, p. 175-180

⁹⁰ *Ibíd.*

Se ha considerado a la imposición fiscal como un atributo de la soberanía de los Estados, es decir, cada Estado establece sus propias reglas impositivas, pero en ocasiones se ha ejercitando esta soberanía con absoluta libertad, creyéndose que no existe ningún límite en el derecho internacional. La realidad económica mundial obligó a los Estados a celebrar convenios de naturaleza tributaria, para que regulasen esta soberanía desmedida en el establecimiento de reglas impositivas mutuas. Así, se empiezan a celebrar tratados internacionales para evitar la doble imposición internacional, que como primer objetivo tuvieron evitar que un sujeto pasivo pague por un mismo hecho generador tributos en dos o más Estados distintos, actualmente tienen finalidades adicionales como combatir la evasión fiscal, intercambio de información, etc.⁹¹

Dentro de los Convenios para evitar la Doble Imposición, se han establecido normas que establecen al arbitraje como método de solución de controversias. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico–OCDE-, ha evidenciado una reticencia a la inclusión del arbitraje dentro de su modelo de tratado para evitar la doble imposición, mientras que por su lado, la Cámara Internacional de Comercio promueve la actividad arbitral, señalando que la misma es beneficiosa para los Estados.

Varios países han incorporado al arbitraje internacional tributario dentro de las cláusulas de sus Convenios para evitar la doble imposición⁹², estableciendo en casi todos la obligación primigenia de acudir a un procedimiento amistoso o de mutuo acuerdo -*Mutual Agreement Procedure*, en adelante MAP-. Se dice que el MAP ha tenido un gran éxito solucionando las controversias, pero así mismo posee grandes carencias, por cuanto los Estados son las únicas partes del procedimiento, sin que el contribuyente pueda ser considerado como parte a pesar de ser el afectado directo, además de que no es necesario el arribo a un acuerdo. El arbitraje -posterior- al MAP, también se daría entre los Estados sin intervención de los contribuyentes.

En lo que tiene que ver a las controversias materia de arbitraje tributario internacional, “se ha propiciado este medio dentro de los problemas de doble imposición y sobre temas puntuales como los precios de transferencia [...], los paraísos fiscales, la subcapitalización, la imposición transfronteriza [...], comercio

⁹¹ Victor Uckmar, “Los tratados internacionales en materia tributaria” en *Curso de Derecho Internacional Tributario*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 86.

⁹² El CDI suscrito entre Ecuador y Chile, en su artículo 25 establece la posibilidad de sometimiento a arbitraje, si el mismo es acordado por las autoridades competentes así lo acuerdan.

electrónico, a los temas ambientales, a la imposición del transporte internacional y a las telecomunicaciones.”⁹³

Entiendo que el arbitraje que pueda darse en este ámbito debe ser uno que sea llevado de conformidad con el derecho, no uno en equidad; por cuanto esta materia requiere de personas con conocimientos especializados. En general el arbitraje en materia tributaria requiere de la participación de árbitros especializados en la materia, por la complejidad de los temas que se manejan.

En nuestro medio, en la Comunidad Andina rige la decisión 40 expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1975, que busca evitar la doble imposición entre los miembros así como servir de modelo. El Tratado de Creación otorga al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la función arbitral; siendo competente para dirimir “mediante arbitraje las controversias suscitadas por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración [...]”.⁹⁴

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su artículo 27 no habla de arbitraje, pero establece en su última línea que los asuntos tributarios no podrán ser sometidos a arbitraje. Entiéndase que del contexto del artículo se deduce que no se podrá establecer arbitraje tributario nacional o internacional con inversionistas cuando las inversiones se encuentren convenidas en contratos de inversión. No se señala ninguna observación respecto de convenios tributarios, ni de convenios en los que expresamente se someta a arbitraje internacional tributario.⁹⁵

Como más adelante se explica, la figura de la media tributaria expropiatoria es un arbitrio que se ha desarrollado en base a las cláusulas de los TBIs, que garantizan las inversiones frente a cualquier tipo de expropiación, entendiendo que con esta se cubre medidas de índole tributario, lo cual no es así, conforme se explica en el tercer capítulo de este trabajo.

⁹³ *Ibíd.*, p. 213- 214.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 215.

⁹⁵ Nuestra Constitución en su artículo 422 señala que no se podrá celebrar tratados internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas. Léase este artículo en concordancia con lo señalado anteriormente de que el arbitraje tributario internacional no puede ser subsidiario, sino expresamente establecido.

1.1.5. Regulación de materia tributaria en los TBIs

Con respecto de los TBIs se debe tener en cuenta su ámbito de aplicación, determinando si uno de estos instrumentos internacionales es de aquellos cuyo ámbito de aplicación: “[...] i) no excluye los asuntos tributarios, ii) excluye los asuntos tributarios sin excepción; iii) excluye los asuntos tributarios con excepción de la aplicación de la cláusula de protección contra la expropiación”⁹⁶, o iv) no contiene ninguna mención expresa a la temática tributaria.

Como ejemplo de la cláusula que no excluye los asuntos tributarios, tenemos el TBI suscrito entre Ecuador y los Países Bajos.⁹⁷ Como ejemplo de un TBI que excluye los asuntos tributarios con excepción de la aplicación de las cláusulas de protección contra la expropiación, se puede señalar el TBI suscrito entre Ecuador y Canadá, artículo 12.⁹⁸

Este tipo de cláusulas ya ha sido aplicada por varios tribunales arbitrales de inversiones, “[...] a impuestos cuya base y tarifa resultan excesivas teniendo en cuenta el margen de ganancia de la actividad del contribuyente, así como a medidas

⁹⁶ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de medidas...*, art. cit., p. 254.

⁹⁷ Artículo 4.- Tratamiento en Materia Fiscal.- Con respecto de impuestos, comisiones, recargos y deducciones y exoneraciones fiscales, cada una de las Partes Contratantes acordará a los inversionistas de la otra Parte Contratante que se dedican a cualquier actividad económica en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a los de terceros Estados que están en similares circunstancias, el que sea más favorable para los inversionistas en cuestión. Para esto, sin embargo, no se tomará en cuenta ninguna ventaja fiscal especial acordada para dicha parte: a) a tenor de un convenio para evitar la doble imposición; o b) en virtud de su participación en una unión aduanera, unión económica o institución similar; o e) sobre la base de la reciprocidad con un tercer Estado.

⁹⁸ Artículo 12.- 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, 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 8 puede ser aplicable a una medida fiscal a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, a más tardar seis meses después de haber sido notificadas por un inversionista de que éste disputa una medida fiscal, de que dicha medida no constituye una expropiación. (5) Si las autoridades fiscales de las Partes Contratantes no pudiesen ponerse de acuerdo sobre las determinaciones conjuntas especificadas en los párrafos (3) y (4) dentro de los seis meses siguientes a la notificación, el inversionista podrá someter su reclamación para que sea resuelta con arreglo al artículo 13.

que suspenden un régimen tributario favorable en violación de la estabilidad jurídica y la confianza legítima.”⁹⁹

Como ejemplo de cláusula que excluye los asuntos tributarios sin excepción, se puede señalar el TBI suscrito entre Argentina y Nueva Zelanda, el cual es muy claro en su artículo 5.¹⁰⁰

En mi opinión, como se explica en el tercer capítulo de este trabajo, las medidas tributarias, son parte de los poderes de policía de los Estados, pertenecen al ámbito dentro del cual ejercen su soberanía por razones de interés público y general.

Los temas tributarios, son regulados en tratados independientes que se ocupan únicamente de esas circunstancias¹⁰¹ -Convenios para evitar la doble imposición-, José Vicente Troya señala que al ser el orden tributario autónomo y no subalterno, prevalece sobre otros órdenes como el de las inversiones; por lo cual, es deseable que un tratado internacional de orden tributario regule estos temas y no uno de inversiones.¹⁰²

1.2. Contratos de Estabilidad Jurídica

Los TBIs, no son los únicos instrumentos internacionales que son vistos como atractivos para los inversores internacionales, existen los Convenios para evitar la Doble Imposición, Acuerdos de Inversión y Comercio Preferencial, éstos últimos generalmente son acuerdos de libre comercio que pueden ser bilaterales o multilaterales,¹⁰³ destacan entre estos: el Acuerdo de Norteamérica para el Libre Comercio, en inglés *North American Free Trade Agreement-NAFTA*, Acuerdo General sobre Comercio de Servicios GATTs.

Existen además, los Contratos de Estabilidad Jurídica, que buscan principalmente la estabilización de las normas de los países receptores de la inversión, otorgando mayores garantías a los inversores foráneos.

⁹⁹ Natalia Quiñonez, “Comentarios Sección III.- Las otras fuentes normativas en materia de fiscalidad internacional”, en *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2010, p. 88. Véase además los casos: *Metalclad Corporation vs. Mexico*; *Oxy vs. Ecuador*, *Feldman vs. México*, *Antonie Getz vs. Burundi*.

¹⁰⁰ Art. 5.- 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.

¹⁰¹ United Nations Conference of Trade and Development, *Taxation*, op. cit., p. 36.

¹⁰² José Vicente Troya J., *Estudios de Derecho...*, op. cit, p. 217-230.

¹⁰³ Las decisiones 40 y 578 de la CAN, se refieren a un CDI de carácter multilateral, sería la única excepción.

Se define a los Contratos de Estabilidad como “los mecanismos, contractuales [...], que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionar el contrato.”¹⁰⁴

El régimen de los Contratos de Estabilidad, no presenta puntos de contacto especiales con tratados internacionales ni con ninguna normativa tributaria comunitaria.¹⁰⁵ Estos convenios, no pueden ser considerados como tratados internacionales, son contratos que buscan incentivar y mantener la inversión nacional y extranjera dentro de un determinado país.¹⁰⁶

Se suscriben entre un país y un determinado inversionista, que bien puede ser nacional del país o extranjero, el cual busca estabilidad en el manejo de sus relaciones comerciales. Tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, por lo que no pueden ser modificados o dejados sin efectos unilateralmente por el Estado suscriptor.¹⁰⁷

Varios países de Latinoamérica han acudido a los mismos como: Colombia, Perú, Chile, con respecto de ellos, la *UNCTAD* ha dicho –los suscriptos por Perú concretamente-: “Los contratos ofrecen garantías contractuales hasta por diez años –o más en el caso de las concesiones- que protegen frente a cualquier cambio en ciertas políticas claves [...]”.¹⁰⁸

Es decir, garantizan a los inversores que los suscriban que “si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo [...]”¹⁰⁹

¹⁰⁴ Peter D. Cameron, “Stabilization in Investment Contracts and Changes to Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors” Association of International Petroleum Negotiators, 2006, p. 28. Disponible en http://Iba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn-stbilization-cameron_final.pdf, consulta.

¹⁰⁵ Rodrigo Yépez Sevilla, “Los contratos de estabilidad jurídica”, en *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2010, p.477.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ César García Novoa, “Tributos expropiatorios. La figura de la medida tributaria expropiatoria en el marco de los Tratados de Protección de Inversiones. ¿Una nueva visión de confiscatoriedad?”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010, p. 404.

¹⁰⁸ United Nations Conference of Trade and Development, *Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia*, NACIONES UNIDAS, Ginebra, 2006, en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf.

¹⁰⁹ Artículo 1 inciso 2 de la Ley 963 de 2005 de la República de Colombia.

1.2.1. Antecedentes históricos

Estos Contratos surgen como respuesta al mundo contemporáneo en el cual, la inversión extranjera se considera como indispensable para el desarrollo de un país, por lo que los Estados buscan ofrecer a los inversores instrumentos que les brinden seguridad con respecto de sus inversiones. Así, los “[...] instrumentos de estabilización jurídica cumplen la función de conciliar la necesidad del Estado de promover la inversión con el interés del inversionista de localizar sus recursos en un entorno transparente y estable.”¹¹⁰

En nuestro país, hasta la expedición del Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones, en materia de inversiones, regía la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones¹¹¹, que de conformidad con su artículo 30 otorgaba al Estado la facultad de celebrar contratos de inversión con inversionistas –nacionales o extranjeros-, con la finalidad de establecer el tratamiento a ser otorgado por la ley a los inversores que los suscriban. En estos contratos, se dejaba la constancia de la duración de la inversión, el destino de la inversión, las garantías que se otorgaba al inversionista, entre ellas la de estabilidad tanto tributaria y jurídica.¹¹²

La mencionada ley, hablaba de estabilidad tributaria y estabilidad jurídica, entendiendo a la tributaria como “el mantenimiento por un período determinado de la tarifa aplicable del impuesto a la renta existente al momento de efectuarse la inversión”; que se otorgaba por el período de 10 años, aumentando a 20 años en el caso de inversiones nuevas o reinversiones destinadas al aumento de producción. En cambio, la estabilidad jurídica fue regulada por el reglamento a la precitada ley, estableciendo dos tipos, la general y la específica, refiriéndose a la normativa aplicable.

Actualmente con el Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones, ley que derogó a la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, no se regula ni se hace mención a los Contratos de Estabilidad; existe en el artículo 25 del precitado Código, una manifestación de cláusula de congelamiento cuando se dice que “los contratos de inversión podrán otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios, en el

¹¹⁰ Juliana Cataño, Paola Galeano, “Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?”, en *Journal of International Law*, Vol. 2, 01, 2001, Colombia, p. 68- 69.

¹¹¹ Derogada por el Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones, Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de Diciembre de 2010.

¹¹² Gustavo Guerra Bello, *La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador*, Tesis de Maestría, Quito, 2008, p. 39- 40.

tiempo de vigencia de los contratos”;es decir, se pretender congelar las normas existentes desde el momento de perfeccionamiento del contrato hasta su terminación, con respecto únicamente a los incentivos tributarios. Por lo que se puede decir que, se ha pasado entonces en nuestro país de los Contratos de Estabilidad a las cláusulas de estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación.

1.2.2. Principales características

Estos contratos han sido utilizados en países vecinos al nuestro, como ya se dijo¹¹³, en Ecuador no se ha visto una mayor aplicación de los mismos; sobre la base de ello, me permito mencionar las características de estos convenios señaladas por Rodrigo Yépez Sevilla, en un artículo publicado en el Manual de Derecho Tributario de Víctor Uckmar y otros, las que me parecen las más acertadas con respecto al tema tratado:

Principales características, en base a la Ley 963 del 2005 de la República de Colombia:

- Estos convenios implican a cargo del Estado el compromiso de mantener, durante un período de tiempo determinado y respecto del contratante, la aplicación de las normas e interpretaciones que hayan identificado expresamente como determinantes de la inversión.
- La obligación principal del inversionista es el pago de una prima equivalente al 1 por ciento del valor de la inversión a favor de la nación.
- El legislador ha limitado las materias susceptibles de inclusión en convenios de estabilidad.
- Estos es su gran mayoría se encuentran limitados por normas imperativas que determinan su alcance y contenido.
- La duración del convenio es limitada (entre 3 y 20 años).

¹¹³Artículo 62 de la Constitución Peruana.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63 de la Constitución Peruana.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someter las a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

- Se prevé la posibilidad de terminación anticipada del contrato.
- Se acepta la posibilidad de subrogación o cesión de la inversión.¹¹⁴

Por lo dicho se puede evidenciar que los TBIs se diferencian de los Contratos de Estabilidad, en el sentido de que los primeros son tratados internacionales que se negocian entre Estados, protegen inversiones y no suponen el mantenimiento de un régimen aplicable sino, la protección de las inversiones; mientras que, los segundos no son tratados internacionales, si no contratos que se negocia entre un Estado y uno o varios particulares, que suponen una limitación del Estado suscriptor para aplicar nueva normativa en el ámbito del contrato.

1.3. Principales rasgos de los Convenios para evitar la Doble Imposición

Los Estados a través del poder tributario establecen tributos, que de forma general están restringidos a las personas físicas, jurídicas, objetos y hechos acaecidos en su territorio, empero existen agentes económicos, “concretamente sujetos pasivos de la obligación tributaria que se trate, que operan en ámbitos que sobrepasan lo meramente nacional”;¹¹⁵ por lo que, “dos o más países consideran que tienen jurisdicción sobre determinada renta, lo cual implica que les correspondería gravar a ésta, ello ocasiona lo que se conoce como conflictos de jurisdicción; en efecto, una misma ganancia puede resultar alcanzada por el poder impositivo de más de un Estado”,¹¹⁶ generándose una doble o múltiple imposición, la que de forma general requiere que la “renta o patrimonio esté sujeta a gravamen por los dos o más impuestos concurrentes, y que éstos atendiendo a una combinación de criterios, muestren similitud sustancial”¹¹⁷ y, que sean aplicados en jurisdicciones diversas.

Frente a ello, los Convenios para evitar la Doble Imposición –en adelante CDIs-, constituyen instrumentos por los cuales los Estados limitan su jurisdicción tributaria sobre determinadas ganancias, ya sea cobrando el tributo solo uno de los

¹¹⁴ Rodrigo Yépez Sevilla, *Los Contratos de...*, art. cit, p. 481-483.

¹¹⁵ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie “Estudios Jurídicos”, Volumen 25, 2006, p. 111.

¹¹⁶ Renée Antonieta Villagra Cayamana, “La red de convenios para evitar la doble imposición suscritos por los países de Sudamérica”, en *Fiscalidad Internacional Monografías*, Editado por Fernando Serrano Antón, Madrid, CEF Ediciones, 2010, p. 1379.

¹¹⁷ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 114.

suscriptores ó, acordando realizar una imposición compartida-ambos gravan el tributo, cada uno en un porcentaje-.

Por ello, la función primaria de los CDIs es y ha sido evitar la doble imposición, teniendo otras funciones claro, como la resolución de controversias, control de la evasión fiscal internacional, intercambio de información, asistencia mutua en la recaudación de créditos u otras formas de cooperación en materia fiscal.¹¹⁸

Los CDIs se concretan en la determinación de una estructura normativa - negociada, bilateral- en la que constan las normas que distribuyen la potestad tributaria primaria de los Estados contratantes, normas dirigidas a evitar los supuestos de doble imposición que se derivan de la actuación imperfecta de las normas nacionales y, otras normas que permiten la resolución de problemas interpretativos y aplicativos del convenio.¹¹⁹

Actualmente dos son los modelos más utilizados de CDI: i) el de la ONU y, ii) el de la OCDE; ambos previstos para ser celebrados de forma bilateral.¹²⁰ El Modelo ONU privilegia el criterio de la fuente, mientras que el Modelo de la OCDE privilegia el criterio de residencia. La base jurisdiccional de imposición en el criterio de la fuente, se explica por la fuente de la renta o el lugar donde se desarrolla la actividad económica; y, el criterio de la residencia, se explica por la residencia de la entidad generadora de renta.

Un convenio que sigue el Modelo de la OCDE, que ha sido el modelo que ha seguido nuestro país en la mayoría de CDIs suscritos, aparece integrado de manera muy genérica por las siguientes disposiciones:

- a) Los artículos introductorios, que regulan los presupuestos de aplicación y se refieren específicamente a las personas, los impuestos y el territorio de aplicación.
- b) Los criterios de localización y de imposición de la renta y del patrimonio: (i) normas que permiten la imposición de la renta en un solo Estado, (ii) normas que permiten la imposición de la renta en ambos Estados, con un techo máximo de exacción del impuesto al

¹¹⁸ Víctor Uckmar, Giuseppe Corasaniti, Paolo de` Capitani di Vimercate, Manual de Derecho Tributario, Bogotá, Editorial Temis, 2010, p. 3-15.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Renée Antonieta Villagra Cayamana, *La red de convenios...*, art. cit., p. 1380.

- país de la fuente, (iii) normas que permiten la imposición de la renta en ambos Estados, sin límite de imposición en el país de la fuente.
- c) Las disposiciones que se refieren a la eliminación de la doble imposición, métodos utilizados para eliminar la doble imposición.
 - 1) Algunos países utilizan el método del crédito de impuesto, garantizando la deducción de los impuestos pagados en el extranjero del débito que corresponde abonar en el Estado de residencia. 2) Otros países adoptan el método de la exención que consiste en excluir el impuesto a las rentas de fuente extranjera.
 - d) Las disposiciones finales, artículos que se refieren a la aplicación del convenio y a la lucha contra la evasión y la elusión fiscal internacional.
 - e) Los protocolos.

Nuestro país, como arriba se dijo ha seguido de forma general el Modelo de la OCDE, pese a pertenecer a la Comunidad Andina de Naciones, que es un

[...] acuerdo de integración subregional suscrito originalmente en la ciudad de Cartagena (Colombia), en mayo de 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se adhiere a él posteriormente, mediante el llamado Consenso de Lima, firmado el 13 de febrero de 1973. En Octubre Chile abandonó el Pacto Andino, por haber escogido un modelo de desarrollo económico incompatible con los compromisos contraídos dentro del acuerdo subregional quedando sólo en él los llamados países bolivarianos: Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Sin embargo, Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena el pasado 22 de abril de 2006, después de 32 años de ser país miembro.¹²¹

Se debe mencionar que son de especial importancia en el ámbito de la Comunidad Andina, las Decisiones 40 con sus dos anexos y la Decisión 578. Las que defienden frontalmente el criterio de la fuente, por sobre el de la residencia. No se puede realizar un estudio de las referidas Decisiones, ya que el mismo, nos desviaría del objeto de este trabajo, bástanos con mencionar su existencia y el criterio que aplican.

¹²¹ Renée Antonieta Villagra Cayamana, *La red de convenios...*, art. cit., p. 1378

En Ecuador el principio jurisdiccional que rige el impuesto a la Renta es el sistema de renta mundial. ¹²²Tenemos suscritos 13 CDIs con: Alemania R.O. 493 de agosto 5 de 1986, Brasil R.O. 865 de febrero 2 de 1988, Italia R.O. 407 de marzo 30 de 1990, Francia R.O. 34 de septiembre 25 de 1992, España R.O. 34 de septiembre 25 de 1992, Suiza R.O. 178 de mayo 5 de 2000, Rumania R.O. 785 de septiembre 20 de 1995, México R.O. 281 de marzo 9 de 2001, Canadá R.O. 484 de diciembre 31 de 2001, Chile R.O. 293 de marzo 16 de 2004, CAN (Decisiones 40 y 578), Bélgica R.O. 312 de abril 13 de 2004, Uruguay, R.O. 555 de octubre 10 de 2011. Adicionalmente se ha firmado con Corea del Sur un CDI, con Portugal y China se han cerrado las negociaciones de CDIs respectivamente y, con Indonesia se ha cerrado la primera ronda de negociaciones. ¹²³

¹²² Artículos 1 y 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

¹²³ Véase: <http://www.mmrree.gob.ec/2012/bol1057.asp>
<http://www.mmrree.gob.ec/2012/bol1124.asp>

y,

Cuadro No. 2.- CDIs suscrito por los países de América Latina

América Latina
CDIs, AIIIs y otros
(Al 31 de octubre de 2012)

	CDIs vigentes		CDIs firmados, pero no vigentes	AIIIs vigentes	AIIIs firmados, pero no vigentes	AIIIs bajo el Modelo CIAT	Acuerdos Multilaterales ^{2/3/}	CDIs ó AIIIs que dejaron de estar vigentes
	En aplicación ^{1/}	Pendientes de aplicación						
Argentina ^{4/5/}	16	1	2	12	2	4	1	2 ^{6/}
Bolivia	7							
Brasil	31		2		4	1	1	3 ^{7/}
Chile	24	1	2		1	2		
Colombia	4	1	5		1		1	
Costa Rica	1		2	6	9		2	
Ecuador	12		2	1				
El Salvador	1						1	
Guatemala					7		1	
Honduras				1			1	
México	42	1	8	12			1	3 ^{8/}
Nicaragua							1	
Panamá	9	1	4	1				
Paraguay	2							
Perú	4		4	1		1		1 ^{9/}
R. Dominicana	1		1	1				
Uruguay	6	1	6	1	9			1 ^{10/}
Venezuela	31		1					

Fuente: CIAT, IBFD y Autoridades Tributarias.

1/ Para Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú incluye la Decisión 578 de la CAN (2004) basado en el principio de ubicación de la fuente productora de la renta. Esta reemplazó la Decisión 40 del Acuerdo de Cartagena que creó el Régimen Común para Evitar la Doble Imposición (1972). Puede estar pendiente la ratificación en algunos de estos países.

2/ Para Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua incluye el Convenio Multilateral de Asistencia Mutua y Cooperación Técnica entre las Administraciones Tributarias y Aduaneras de Centroamérica (2006). Puede estar pendiente la ratificación en algunos de estos países.

3/ Para Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y México incluye la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal. Puede estar pendiente la ratificación en algunos de estos países.

4/ Los CDIs firmados con Bolivia y Chile siguen el modelo del Pacto Andino, basado en el principio de ubicación de la fuente productora de la renta.

5/ Para Argentina incluye un Memorandum de Entendimiento sobre Cooperación e Intercambio de Información, suscrito entre la Administración Federal de Ingresos Públicos – AFIP y la Guardia de Finanza de la República Italiana.

6/ Ambos eran CDIs. Uno con Austria (vigente desde el 17/01/1982 hasta el 01/01/2009), y el otro con Suecia (vigente desde el 14/12/1962 hasta el 01/01/1998). Este último fue sustituido por otro que entró en vigencia el 01/01/1998, el mismo día de culminación del anterior CDI suscrito entre ambos países.

7/ Los 3 eran CDIs. Alemania (vigente desde el 30/12/1975 hasta el 01/01/2006), Finlandia (vigente desde el 22/12/1973 hasta el 01/01/1998), y Portugal (vigente desde el 10/09/1971 hasta el 01/01/2000).

8/ Un CDI con Alemania (vigente desde el 30/12/1993 hasta el 01/01/2010), sustituido por otro que entró en vigencia desde el 01/01/2010, mismo día de culminación del anterior, y otro con Canadá (vigente desde el 11/05/1992 hasta el 01/01/2008), el cual también fue sustituido por otro que entró en vigencia el 01/01/2008. México suscribió además un AII con Canadá (vigente desde el 27/04/1992 hasta el 01/01/2008).

9/ El CDI con Suecia (vigente desde el 18/06/1968 hasta el 01/01/2007).

10/ El CDI con Alemania, (vigente desde el 28/06/1990 hasta el 01/01/2012), sustituido por otro que entró en vigencia desde el 01/01/2012, el mismo día de culminación del anterior.

Fuente: CIAT, IBFD y Autoridades Tributarias.¹²⁴

¹²⁴ Disponible en: <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/ciatdata/tratados.html>

CAPÍTULO 2: Expropiación vs. Confiscación.

2.1. Derecho de propiedad

La propiedad es un derecho y una garantía reconocida no solo por nuestra constitución, sino también por los sistemas jurídicos internacionales, la Declaración de Derechos Humanos al respecto señala en su artículo 1: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Por su parte, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de “San José”, señala: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...)”.

Nuestra Constitución en sus artículos 66 y 321 se refiere a la propiedad de la siguiente manera:

Artículo 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: [...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

Artículo 321.- El estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus formas públicas, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir con su función social y ambiental.

Reconociendo así las diferentes formas de propiedad, entre ellas la privada; entendiéndose además, que la propiedad no es absoluta, sino que debe cumplir con su función social y ambiental.¹²⁵

¹²⁵El proyecto de Código Orgánico de Soberanía Alimentaria, que se encuentra en la Comisión respectiva para su tratamiento, se refiere tanto a la función social como función ambiental de la propiedad señalado: **Art. 7.- Función Social.- Entiéndase** la función social de la tierra, se ejerce desde la garantía del mínimo vital para asegurar la soberanía alimentaria de la familia y la colectividad territorial de la que es parte, la vigencia de un sistema productivo que priorice las semillas propias, el usos de saberes y tecnologías colectivas, garantice la generación de fuentes de trabajo para la familia,

De conformidad con Eduardo Carrión Eguiguren, la “propiedad o dominio es el derecho real que una persona tiene sobre una cosa, de modo que ésta le está jurídicamente sometida.”¹²⁶ Con base en ello, nuestro Código Civil trata sobre las limitaciones al dominio en su Título VIII, las que son “disminuciones de los normales atributos del dominio, o privaciones que el titular del dominio sufre en el ejercicio de las facultades que le corresponde.”¹²⁷ Para un estudio a profundidad sobre el tema, debemos referir a la gran obra de Eduardo Carrión Eguiguren.¹²⁸

A continuación se explica lo que se entiende por expropiación y lo que se entiende por confiscación, las que tienen características propias que las diferencian, pero asó mismo las dos implican un despojo de la propiedad, por lo que no pueden ser vistas como limitaciones a la propiedad.

2.2. Expropiación

Con respecto a la expropiación, la doctrina ha dado un sin número de definiciones, a continuación transcribo algunas que estimo son las más sobresalientes:

Rodolfo Von Ihering, con toda la envergadura que su nombre acarrea, ha señalado que “la expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad

la comunidad y el consumo de su producción y la venta de excedentes en el mercado local o externo. **Art. 8.- Función Ambiental.-** La función ambiental de la tierra implica la conservación, preservación, protección de la biodiversidad, la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, el equilibrio en las zonas de cultivo, el manejo integral de cuencas y micro cuencas hidrográficas, áreas forestales, bosques primarios, ecosistemas frágiles como humedales, páramos y manglares que contribuya al mantenimiento de la armonía entre la Pachamama y el ser humano. También a minimizar los impactos ambientales negativos con el uso racional de los recursos naturales. **Art. 9.- Las tierras que no cumplen con la función social.-** Son aquellos predios, incurso en alguna de las siguientes causales: 1. Los latifundios y todas aquellas formas de propiedad a través de las que se produce acaparamiento o concentración y nos estén siendo aprovechadas por los y las que las cultivan, que generen deterioro laboral. 2. Tierras que hayan sido abandonadas por sus titulares por más de cinco años consecutivos, abandono de la infraestructura agraria con inversión comunitaria y o pública. 3. Tierras que hayan sido sobrevaloradas y se estén utilizando para la mercantilización de la tierra, superando en sus precios a los promedios locales y a los costos mínimos y máximos dispuestos por la autoridad competente. **Art. 10.- Las tierras que no cumplen la Función Ambiental.-** Son aquellas propiedades: 1. En las que se comprobare que los medios utilizados en actividades o procesos productivos, hubieren causado grave contaminación al ecosistema, aguas, suelos y en general del ambiente con los efectos directos o colaterales que ésta conlleve; 2. Tierras que están siendo utilizadas en sobre explotación agrícola, pecuaria, forestal que afecta la utilización sustentable al ecosistema y biodiversidad; 3. Tierra que por su uso, ocupación y manejo ocasionan erosiones eólicas, antrópicos y otros daños ambientales.

¹²⁶ Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil, De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones*, Quito, Editorial Fray Jodoco Rieke, segunda edición, 1973, p. 205.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 262.

¹²⁸ Libro que sigue con plena vigencia en todos los temas que son tratados en el mismo.

con los del propietario; solo ella hace de la propiedad una institución prácticamente viable que, sin ella, sería para la sociedad un azote.”¹²⁹

Roberto Dromi, señala que la expropiación es “el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”.¹³⁰

Guillermo Borda, ha señalado que la expropiación “consiste en la apropiación de un bien por el Estado, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una justa indemnización”.¹³¹

Es así que de conformidad con lo dicho, especialmente con Dromi, dos son los efectos esenciales de la expropiación: “la transferencia del derecho de propiedad del expropiado al expropiante y el nacimiento del derecho a la indemnización a favor del expropiado. En virtud de la expropiación el Estado extingue el derecho de la propiedad sobre un bien, mediante una previa indemnización, para destinarlo a la satisfacción de una utilidad pública.”¹³²

Son elementos entonces, de la expropiación pública:

(i) Utilidad pública (elemento final).- Constituye para los administrados una garantía constitucional en resguardo de la propiedad privada.¹³³

(ii) Bien expropiable (elemento objetivo).- El “objeto de la expropiación es la propiedad, vale decir, todos los derechos patrimoniales de contenido económico.”¹³⁴

(iii) Expropiante y expropiado (elemento subjetivo).- Sujetos de la relación jurídica expropiatoria; el sujeto expropiante, que es quien realiza la declaratoria de utilidad pública, paga la indemnización correspondiente; y, el sujeto expropiado, que es el titular del bien objeto de la declaración de utilidad pública.¹³⁵

(iv) Indemnización (elemento material).- Elemento fundamental de la expropiación, sin ésta la expropiación pierde su naturaleza. Se entiende a la

¹²⁹Rodolfo Von Ihering, *El Fin en el Derecho*, tr. A. Posada, Madrid, Reus, 1912, p.326.

¹³⁰Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001, p. 817.

¹³¹Guillermo Borda, *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1846, p.221.

¹³²Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 11ª edición, p. 951.

¹³³ *Ibíd.*, p. 953.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 954.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 956-957.

indemnización como la compensación económica que se da al expropiado por el sacrificio impuesto por el interés público.¹³⁶

(v) Procedimiento y plazo (elemento formal).- Se refiere al procedimiento que la expropiación debe seguir.

De todos estos elementos, quisiera referirme con mayor énfasis a dos, la utilidad pública y la indemnización. La primera es el beneficio, provecho, conveniencia de una cosa que es para todo el pueblo. Guillermo Borda, señala que dentro del concepto de utilidad pública se enmarca lo que es conveniente para el progreso general del país o lo que comporte la satisfacción del bien común, algo conveniente para el progreso social.¹³⁷

Por su parte, la indemnización debe ser previa, en el sentido de que la reparación pecuniaria debe darse con anterioridad al hecho que la genera, al propietario del bien afectado por éste. La indemnización además, debe ser justa, suficiente para reparar el daño del que ha sido expropiado.

La expropiación en el fondo es la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de utilidad pública o interés social, la que no puede ser vista como una sanción al propietario, sino como la expresión por excelencia de la prevalencia del interés común sobre el particular.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización – en adelante COOTAD-, desde su artículo 446 hasta el artículo 459 regula la Expropiación que realizan los gobiernos autónomos descentralizados. El artículo 58 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere a la Expropiación, dentro de su ámbito de regulación. El Código de Procedimiento Civil, desde el artículo 781 hasta el artículo 806 habla sobre el juicio de expropiación, cuyo objeto es la determinación del valor del inmueble a expropiarse.

Se debe indicar a groso modo que la expropiación empieza con la declaratoria de utilidad pública por parte de la autoridad competente, la que debe estar debidamente motivada, en la que constará obligatoriamente la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria debe adjuntarse, el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, certificado del registro de la propiedad, informe de valoración del bien y la certificación presupuestaria acerca de

¹³⁶Ibíd., p. 958.

¹³⁷Guillermo Borda, *Manual de Derechos...*, op. cit., p.221.

la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.¹³⁸ Con todo ello, se notifica la declaratoria de utilidad pública y se procede al avalúo del bien inmueble.

En estas líneas, solo se ha hecho referencia a la expropiación en el ámbito del derecho nacional o la que se conoce como expropiación directa, la que en el ámbito internacional, concretamente en el de las inversiones, ha dejado de ser discutida. El debate ha girado en los últimos años, en torno a lo que se ha llamado expropiación indirecta, en la cual el título formal de propiedad sigue siendo del propietario, pero el impacto de la medida es tal que los derechos sobre la inversión terminan siendo inútiles, por lo que se consideran como expropiados. La explicación respecto de ésta será realizada en el tercer capítulo de este trabajo, basta ahora solo referirnos a su existencia.

La mayoría de los TBIs suscritos por el Ecuador, así como la mayoría de los TBIs existente en el mundo, no impiden la expropiación de inversiones cuando se cumplen los siguientes criterios: (i) obedezcan a razones de interés público, (ii) se lleven a cabo no de manera discriminatoria, (iii) obedezcan el debido proceso, (iv) pago de la indemnización correspondiente.¹³⁹ Es plenamente reconocido el derecho soberano de los Estados de realizar expropiaciones, lo que hacen los TBIs es establecer ciertas circunstancias de trato para los inversionistas.

2.3. Confiscación

La confiscación etimológicamente viene del vocablo latino *comissum*, que consistía en la imposición de una sanción a una persona con la privación de todo o parte de su patrimonio.

Manuel Alberto Restrepo, en su artículo “*Protección y limitación constitucional de la propiedad: de la prohibición de la confiscación a la expropiación y la extinción de dominio*” señala que desde “su aplicación en el derecho penal romano, la confiscación era una pena accesoria que se imponía junto con las penas principales de perduelo, relegación y venta como esclavo de un individuo que antes

¹³⁸ Véase artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial (s) No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹³⁹United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2012, p. 27.

fue libre, sentencias de muerte, condena a las minas y entrega a una escuela de gimnasia.”¹⁴⁰Lo que se mantuvo hasta que Justiniano prohibió la confiscación total en general y la dejó únicamente establecida para los delitos contra el Estado.¹⁴¹

La confiscación hoy en día es entendida como el desapoderamiento de los bienes de una persona, que pasan a poder del Estado sin compensación alguna; por lo cual, serían características identificativas de ésta, el desapoderamiento de bienes de una persona por parte del Estado -considerado en su generalidad- sin una compensación.

La idea principal de la confiscación es, a mi modo de ver, la de ser un instituto claramente limitador y ablatorio del derecho de propiedad de las personas. En el derecho romano tuvo una caracterización acentuadamente penal, como una sanción pecuniaria, y luego fue desarrollándose en otros ámbitos jurídicos, como el civil, en tanto debieron ser contempladas las consecuencias civiles del traspaso patrimonial efectuado. Su vigencia histórica comienza a declinar hacia fines del siglo XVIII, para desaparecer en las constituciones liberales decimonónicas y en los pactos internacionales sobre derechos humanos de la segunda mitad de la centuria pasada.¹⁴²

La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José-Costa Rica, incorpora un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo el derecho a la alimentación, vestido, educación y a la propiedad privada entre otros. En su artículo 21 señala:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Es así que la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, proscribela confiscación.

¹⁴⁰ Manual Alberto Restrepo, “Protección y limitación constitucional de la propiedad: de la prohibición de la confiscación a la expropiación y la extinción de dominio”, en *Teoría Constitucional*, Editado por Cristina Pardo Schlesinger y Casrlos Parra Dussán, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 238.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Gustavo J. Naveira de Casanova, “El principio de no confiscatoriedad tributaria”, en *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, coordinado por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, Primera edición, 2008, p. 623.

Nuestra Constitución en su artículo 323 señala: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por azones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.Evidenciándose que nuestra Constitución también proscribe la confiscación.

Existe en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 123 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el decomiso administrativo en el ámbito aduanero; por el cual, se pierde la propiedad de las mercaderías en las que no se conozca con claridad quien es el propietario, implicando la pérdida de propiedad sin una compensación, pero por la situación patológica de no saber quién en realidad es el propietario. Es así que, el decomiso se configura como una sanción a un delito, que no puede ser vista como una confiscación de ninguna manera.

De lo dicho hasta aquí, se puede decir que, por un lado la expropiación es una institución jurídica plenamente delimitada en nuestro ordenamiento jurídico, misma que se presenta como respetuosa de la esencia del derecho de propiedad privada. En opinión de García de Enterría y Fernández, la expropiación es un reconocimiento del límite del derecho de propiedad individual¹⁴³, o como lo señala Roberto Dromi “el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”.¹⁴⁴Mientras que, la confiscación expresamente se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico; pues, como se señaló, es el apoderamiento de bienes de una persona sin una compensación o indemnización previa y justa.

2.4. Principio de no Confiscatoriedad

La doctrina ha tratado de explicar el principio tributario de no confiscatoriedad de dos formas, la primera ha sido vinculando con el derecho de propiedad y, la

¹⁴³Eduardo García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, tomo II, p. 193.

¹⁴⁴Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 817.

segunda, relacionándolo con otros principios del derecho tributario como los de capacidad contributiva y el de progresividad.

Pérez de Ayala ve a este principio como uno delimitador de la justicia en el ámbito tributario; por lo cual, considera a la propiedad privada como límite a los tributos impuestos por el Estado.¹⁴⁵ En el siguiente punto de este trabajo se desarrolla la línea argumental bajo la cual, el principio de no confiscatoriedad estaría relacionado con el derecho de propiedad, mientras que aquí, se desarrolla la línea argumental bajo la cual se ha relacionado a este principio con los de capacidad contributiva y progresividad.

En nuestra Constitución no existe una manifestación expresa al principio de no confiscatoriedad, lo que existe es la prohibición de toda forma de confiscación en el artículo 323. Como señala de Pérez Royo, no es necesario incluir expresamente en el texto constitucional una referencia a la no confiscatoriedad, esta deviene de la propia idea de capacidad contributiva.¹⁴⁶

La doctrina señala que en el estudio del principio de no confiscatoriedad, se debe observar la clasificación tradicional de los tributos, directos e indirectos, ya que es en el primer tipo de tributos, en donde cabe establecer dependiendo del caso, si se observa o no el principio de no confiscatoriedad.

Existen varios criterios de diferenciación entre tributos directos e indirectos, señalamos en este punto solo uno de ellos, el criterio que se centra en la expresión mediata o inmediata de capacidad contributiva¹⁴⁷; no me refiero a los demás, para no desviar la atención del tema central de este punto, tema que por si solo merecería una investigación independiente. De conformidad con este criterio, solo los tributos directos “inciden sobre manifestaciones actuales y visibles de capacidad contributiva”¹⁴⁸; mientras que, los indirectos “únicamente entrañan manifestaciones mediatas o eventuales.”¹⁴⁹

Ahora bien, respecto al principio de capacidad contributiva, Alberto Tarsitano lo define como “[...] una aptitud efectiva del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud inherente a la presencia de hechos reveladores de

¹⁴⁵ J.L. Pérez de Ayala, *Las cargas públicas: principios para su distribución. Hacienda Pública Española*, Madrid, 1979, p. 110.

¹⁴⁶ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Madrid, Civitas, 1993, p.35.

¹⁴⁷ Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis, Tomo II, 2 da edición, 2005, p. 436-437.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 437

¹⁴⁹ *Ibíd.*

riqueza (capacidad económica) que, tamizados por la valoración del legislador, son elevados al rango de categoría imponible.”¹⁵⁰

José Vicente Troya nos habla de un doble alcance de este principio señalando que “[...] significa únicamente que las potenciales manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden ser objeto de tributación y configurar los hechos generadores de la obligación; y al propio tiempo que los particulares han de contribuir de acuerdo a su capacidad contributiva.”¹⁵¹

Es por ello, que la capacidad contributiva es vista como el presupuesto, la medida y la justificación de la imposición. Si el tributo grava una manifestación de riqueza, la misma debe ser preservada y no destruida; el principio de no confiscatoriedad actúa como un elemento de modulación del principio de capacidad contributiva.

No existe en nuestra Constitución ni en el Código Orgánico Tributario, una mención expresa al principio de capacidad contributiva, pero el mismo se constituye en el presupuesto necesario, el presupuesto lógico, para que operen el resto de los principios tributarios consagrados en la Constitución; es así, que se lo entiende contenido en todos los otros principios.

A mi parecer este principio, vuelve un poco justo al régimen tributario, pero no es el único, Marcos F. García Etchegoyen, señala que a través “de la aplicación en bloque de los principios de capacidad contributiva, igualdad, progresividad y prohibición de alcance confiscatorio, puede alcanzarse un grado de justicia mayor al que se accedería colocando la capacidad contributiva como único criterio de distribución de los gastos públicos.”¹⁵²

Como un ejemplo de la operatividad del principio de capacidad contributiva, y su vocación de medida de la imposición, hago mención al límite máximo a la imposición establecido por el Tribunal Constitucional alemán, que señaló que la imposición no puede exceder de la mitad de la renta del contribuyente, en una sentencia de 22 de junio de 1995, declarando inconstitucional la ley reguladora del impuesto sobre el patrimonio. En otros países europeos también se ha intentado fijar

¹⁵⁰ Alberto Tarsitano, “El principio de capacidad contributiva. Un enfoque dogmático”, en *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*, coordinadores Pasquel Pistone y Heleno Taveira Torres, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2005, p. 409.

¹⁵¹ José Vicente Troya Jaramillo, “El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano”, en *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 453.

¹⁵² Marco F. García, *El principio de capacidad contributiva Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 79.

el límite máximo de la carga tributaria utilizando porcentajes: Francia el 70 por ciento, Holanda el 80 por ciento.¹⁵³

Así mismo, se puede hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina, la que con respecto al impuesto sucesorio provincial ha dicho que el *quantum* máximo constitucional admisible es el 33 por ciento del capital o de la renta gravada.¹⁵⁴ En nuestro país, no ha existido una mención expresa al *quantum* del tributo para calificarlo o no como confiscatorio.

Por otro lado, el principio de progresividad, pretende hacer prevalecer el criterio de equidad, es decir, el legislador debe atender la real capacidad contributiva de las personas, de modo que quien tenga mayor capacidad contributiva asume mayores obligaciones.¹⁵⁵

Mauricio Plazas Vega, señala que la progresividad es “la expresión concreta de la equidad vertical en la misma medida en que conlleva el gravamen con mayor incidencia sobre quienes tienen mayor capacidad contributiva [...], puede decirse que la progresividad permite que el sacrificio tributario [...] sea igual para todos.” Siendo así, un impuesto es progresivo cuando a mayor base liquidable le corresponde una mayor alícuota; por lo que de conformidad con el principio de justicia, señala el mismo autor, a mayor capacidad contributiva, mayor incidencia con el impuesto en términos absolutos y relativos.¹⁵⁶

Alfredo Lewin Figueroa, al explicar el principio de progresividad, hace mención a una respuesta dada por el Instituto Colombia de Derecho Tributario, respecto de una consulta formulada por la Corte Constitucional de ese país, señalando que:

[...] no hay unanimidad entre los autores acerca del sentido y alcance de muchos términos, por múltiples razones, entre las que descuella, en este caso, el hecho de que el derecho tributario es relativamente nuevo. [...] partiendo del concepto general de la justicia – que en su acepción más elemental es dar a cada uno lo que corresponde – se dice que los impuestos deben ser equitativos, es decir, que deben distribuirse en forma tal que quienes están en una situación de similares aspectos relevantes y en capacidad económica similar, soporten una carga tributaria igual; la doctrina, a demás, creó la teoría de la equidad vertical, que significa que, para estar bien

¹⁵³ Gabriel Ruan Santos, *Medidas tributarias expropiatorias*, art. cit., p. 439.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 438.

¹⁵⁵ Alfredo Lewin Figueroa, “Principio de progresividad”, en *Principios Constitucionales del Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Universidad de los Andes e ICDT, 2002.

¹⁵⁶ Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda...*, op. cit., p. 429-432. Señala además que la progresividad de un tributo no depende solamente del tipo, tasa o tarifa, sino también de la base gravable.

repartida, la carga tributaria debe ser de tal naturaleza que quien tenga más “contribuye al gasto público no sólo en proporción a su renta, sino en algo más que esa proporción. [...] la progresividad de las cargas tributarias significa que las tarifas impositivas sean crecientes, en la medida de mayores niveles de capacidad de pago, lo cual supone la evaluación por el legislador de diversos hechos que pueden manifestarla, como el nivel de ingresos, y, en ocasiones, métodos tendientes a establecer el origen de las rentas de capital, de trabajo para darles un tratamiento distinto: renta global, renta cedular.

Un tributo será progresivo, cuando el hecho generador revele diversas capacidades de pago y cuando la tarifa observe el grado de riqueza de cada particular. Con respecto al sistema tributario la Corte Constitucional Colombia ha dicho que será neutro cuando conserve las diferencias entre los aportantes de mayor y menor capacidad contributiva; será progresivo cuando las reduzca y; será regresivo cuando las aumente.¹⁵⁷

Nuestra Constitución¹⁵⁸ ha incorporado dentro de su texto el principio de progresividad, tal como lo han hecho las constituciones de Italia¹⁵⁹, España¹⁶⁰, Colombia¹⁶¹. Con base en ello, desde el punto de vista de la progresividad, las normas tributarias, deben examinarse de conformidad con toda la estructura tributaria para concluir si se afecta en mayor medida a quienes tienen más capacidad contributiva en la aplicación de impuestos directos.¹⁶² Al respecto se debe considerar los que señala Mauricio Plazas Vega:

[...] si los tributos más importantes del sistema tributario [...], no son progresivos, difícilmente puede decirse que el conjunto del cual hacen parte es progresivo. Lo que significa la evaluación de principio desde la perspectiva del sistema, y no de cada una de sus partes, es que puede haber tributos que no sean progresivos sin que ello implique que el conjunto lo sea.¹⁶³

¹⁵⁷ Sentencia C-776/03 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁵⁸ El artículo 300 de nuestra Constitución señala: “El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.”

¹⁵⁹ El artículo 53 de la Constitución señala: “Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad.” Traducción realizada por el autor de este trabajo.

¹⁶⁰ El artículo 31 de la Constitución señala: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

¹⁶¹ El artículo 363 de la Constitución señala: “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.”

¹⁶² Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda...*, op. cit., p. 49-430.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 430.

Ahora bien, el principio de progresividad ha sido utilizado para explicar al principio de no confiscatoriedad en el sentido de que obliga a establecer un límite a la imposición progresiva; es decir, el principio de no confiscatoriedad actúa como una prohibición de que los tributos agoten la riqueza imponible con el pretexto de contribuir, el legislador está obligado a establecer un hecho imponible respetando y garantizando la intangibilidad del capital.

César García Novoa habla sobre la idea de los tributos asfixiantes diciendo “La idea de los impuestos asfixiantes [...] se refleja en múltiples aspectos del sistema tributario que permiten afirmar que la virtualidad de la no confiscatoriedad no se agota con una limitación de los tipos o con la filiación de una alícuota máxima. Lo fundamental será que el tributo no agote la riqueza que grava, asfixiándola, e impidiendo su reproducción.”¹⁶⁴

El principio de no confiscatoriedad puede ser violado por la incidencia de un solo tributo o por la acumulación de varios, recordemos además que existe un poder tributario en el Estado y en los diversos niveles de gobierno –gobiernos autónomos descentralizados-, lo que puede devenir en un aumento de la presión tributaria, entendida esta como el peso que siente el contribuyente por la acumulación de los tributos en un período determinado.

Así mismo un solo tributo, como sería más factible en el caso de los impuestos puede ser contrario al principio de no confiscatoriedad, mermando en gran medida la capacidad contributiva del contribuyente.

Al respecto es interesante ver que en nuestro país, a lo largo de los últimos años se ha realizado un esfuerzo para aumentar la presión fiscal, situándonos en los niveles promedio de América Latina pero por debajo del promedio de los países de la OCDE, lo que de ninguna forma implica una violación del principio de no confiscatoriedad.

¹⁶⁴ César García Novoa, *Tributos expropiatorios...*, art. cit., p. 402.

Cuadro No. 3.- Presión Tributaria América Latina

País	Ingresos tributarios sin seguridad social		Ingresos tributarios con seguridad social		Ingresos totales	
	2000	2011	2000	2011	2000	2011
Grupo 1						
Argentina	18,1	27,4	21,5	34,9	25,0	38,0*
Brasil	23,0	26,0	30,1	34,8	32,5	38,3*
Uruguay	14,6	18,6	22,5	26,5	27,4	29,0
Grupo 2						
Bolivia (Estado Plurinacional de)	16,3	20,4	17,9	22,1	26,7	34,5
Costa Rica	12,6	14,4	18,9	22,0	21,3	24,1
Chile	16,9	18,9	18,2	20,2	21,9	24,6
Ecuador	8,9	14,4	10,1	20,1	19,0	31,2
Nicaragua	11,2	15,2	13,5	19,0	16,8	21,8
Colombia	11,6	16,2	14,0	18,1	17,7*	22,4*
Panamá	9,6	11,3	16,0	17,8	24,6	24,3
Perú	12,4	15,3	14,1	17,0	17,0	19,4
Paraguay	9,3	12,1	12,5	16,1	18,1	21,7
Honduras	13,8	15,0	14,3	15,8	16,2	18,3
El Salvador	10,2	13,9	12,4	15,5	14,2	17,1
Grupo 3						
Haití	7,9	13,1	7,9	13,1	8,2	14,3
Guatemala	10,5	10,9	12,4	12,8	14,1	13,6
República Dominicana	11,2	12,7	11,3	12,8	13,3	13,5
Venezuela (República Bolivariana de)	12,9	11,9	13,6	12,5	20,9	23,0
México	10,1	9,7	11,9	11,4	17,4*	19,5*
El Caribe						
Suriname	22,2	32,4	29,8	43,0
Trinidad y Tabago	21,4	29,2	25,4	33,0
Barbados	25,6	27,4	27,5	29,1
Dominica	20,8	23,9	27,6	29,9
Jamaica	22,5	23,4	26,1	26,1
Belice	17,2	23,4	26,1	28,0
San Vicente y las Granadinas	20,2	22,2	25,3	26,5
América Latina y el Caribe (34 países)						
Saint Kitts y Nevis	16,7	21,7	25,0	39,3
Santa Lucía	20,9	21,4	24,5	23,9
Guyana	18,3	21,2	23,2	25,6
Granada	18,6	18,3	23,6	22,1
Antigua y Barbuda	13,3	18,3	19,0	20,6
Bahamas	13,5	16,4	15,1	20,2
Grupo 1	18,6	24,0	24,7	32,0	28,3	35,1
Grupo 2	12,1	15,2	14,7	18,5	19,4	23,6
Grupo 3	10,5	11,7	11,4	12,5	14,8	16,8
América Latina (19 países)	12,7	15,7	15,4	19,1	19,6	23,6
El Caribe (13 países)	19,3	23,0	24,5	28,3
Cuba	33,3	34,5	37,2	38,8	48,8	65,7
OCDE (34 países)	26,3	24,7	35,2	33,8	41,4*	40,5*

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información oficial, y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), OECD Tax Statistics Database.

Nota: La cobertura corresponde al gobierno central, excepto en los casos del Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, el Estado Plurinacional de Bolivia y México, donde corresponde al gobierno general. En la Argentina y Barbados corresponde al sector público no financiero y en Cuba al Estado. En el caso de Guatemala, además del gobierno central, se incluye el impuesto único sobre inmuebles (IUSI), recaudado por las municipalidades, los ingresos por el impuesto sobre hospedaje y tarjeta de turismo, recaudado por el Instituto Guatemalteco de Turismo (INGUATE), y las contribuciones al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. En el Paraguay se incluyen las contribuciones a instituciones descentralizadas de seguridad social. El último dato disponible para el promedio de los 34 países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) corresponde a 2010.

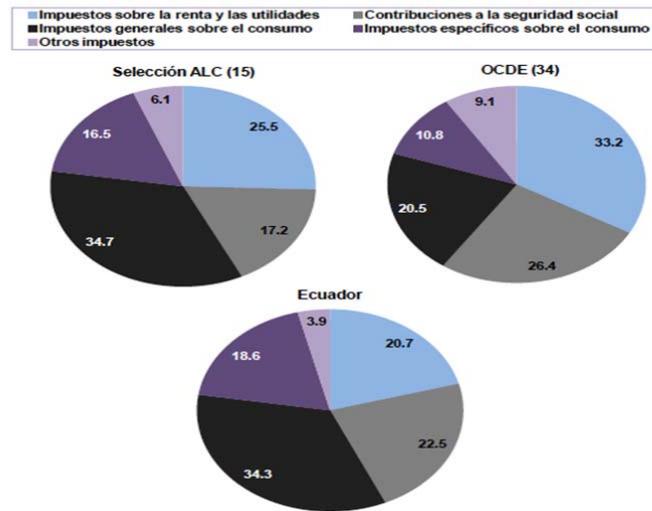
* Estimaciones.

Fuente: CEPAL

Se da en nuestro país una importancia preponderante a los impuestos indirectos, un margen poco amplio del impuesto sobre la renta, como a continuación se evidencia, de los gráficos comparativos con el promedio de América Latina y el promedio de los países miembros de la OCDE.

Gráfico No.2.- Estructuras impositivas en Ecuador, América Latina y la OCDE

Estructuras impositivas en Ecuador, América Latina y la OCDE
(2010)



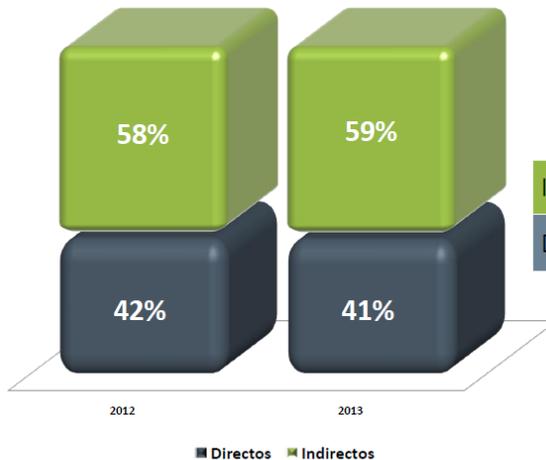
Fuente: Estadísticas tributarias en América Latina.¹⁶⁵

Gráfico No. 3.- Comportamiento de los Impuestos –Directos-Indirectos-

Comportamiento de los Impuestos

Enero - Febrero 2013
(Cifras en US\$ dólares)

Participación de los Impuestos



Crecimiento de los Impuestos

	2012	2013
INDIRECTOS	1.027.485.748	1.200.951.641
DIRECTOS	729.736.228	845.840.090

El crecimiento de los impuestos directos es de 15.9%, y el de los indirectos es 16.9% respecto al 2012.

Fuente: Base de Datos – SRI

Elaborado: Dirección Nacional Planificación y Coordinación

Fuente: SRI, Informe mensual de recaudación a Febrero 2013

165

Disponble en: http://www.oecd.org/ctp/globalrelationsintaxation/NEW_Ecuador%20country%20notes_final.pdf

Cuadro No. 4.- Recaudación meses Enero y Febrero 2013 en comparación con el mismo periodo del año anterior

	Meta 2013*	Meta proporcional Ene - Feb 2013 (2)	Recaudación Ene - Feb 2012	Recaudación Ene - Feb 2013	Cumplimiento meta	Crecimiento Nominal 2012/2013	Participación de la Recaudación 2013
TOTAL BRUTO	11.938.465.343	1.800.228.228	1.756.939.916	2.037.226.608	113,2%	16,0%	
Notas de Credito			18.320.387	14.894.405			
Compensaciones			585.854	3.953.043			
TOTAL NETO (4)	11.938.465.343	1.800.228.228	1.738.633.674	2.018.379.160	112,1%	16,1%	
Devoluciones	(248.615.346)	(41.435.891)	(19.188.301)	(28.412.571)	60,8%	40,1%	
TOTAL EFECTIVO (5)	12.187.080.688	1.841.664.119	1.757.221.975	2.046.791.731	111,1%	16,5%	100%
DIRECTOS							41%
Impuesto a la Renta Recaudado	3.645.949.204	460.496.042	460.281.061	531.225.420	115,4%	15,4%	
Retenciones Mensuales (6)	2.420.644.308	435.049.880	438.237.358	497.008.964	114,2%	13,4%	
Anticipos al IR	305.492.002	7.730.904	6.594.171	7.344.676	95,0%	11,6%	
Saldo Anual (6)	919.812.094	17.715.258	15.459.532	26.871.780	151,7%	75,8%	
Personas Naturales	125.799.586	6.702.264	5.157.054	11.422.298	170,4%	121,5%	
Personas Jurídicas	790.788.896	10.672.332	9.696.593	14.624.341	137,0%	50,8%	
Herencias, Legados y Donaciones	3.224.411	340.662	603.885	825.142	242,2%	36,6%	
Ingresos Extraordinarios			339	34			
Impuesto Ambiental Contaminación Vehicular	102.569.703	16.438.355	14.772.086	20.354.499	123,8%	37,8%	
Impuesto a los Vehículos Motorizados	205.143.566	35.856.638	33.239.697	39.798.044	111,0%	19,7%	
Impuesto a la Salida de Divisas	1.314.832.821	200.132.596	196.048.531	217.631.675	108,7%	11,0%	
RISE	71.003.521	8.854.685	5.571.207	8.446.282	95,4%	51,6%	
Impuesto a los Activos en el Exterior	14.106.458	2.892.035	2.577.394	3.167.789	109,5%	22,9%	
Regalías, patentes y utilidades de conservación m	58.819.014	935.848	671.983	938.993	100,3%	39,7%	
Tierras Rurales	3.269.333	348.315	422.962	1.105.586	317,4%	161,4%	
Intereses por Mora Tributaria	50.551.850	6.634.228	6.269.782	13.202.203	199,0%	110,6%	
Multas Tributarias Fiscales	67.812.602	9.198.249	9.008.149	9.425.968	102,5%	4,6%	
Otros Ingresos	3.794.076	781.651	873.037	543.597	69,5%	-37,7%	
SUBTOTAL	5.537.852.368	742.568.641	729.736.228	845.840.090	113,9%	15,9%	
INDIRECTOS							59%
Impuesto al Valor Agregado	5.875.636.144	974.896.832	925.410.508	1.069.618.493	109,7%	15,6%	
IVA de Operaciones Internas	3.738.112.032	649.234.449	615.566.237	741.417.098	114,2%	20,4%	
IVA Importaciones	2.137.524.113	325.662.383	309.844.272	328.201.395	100,8%	5,9%	
Impuesto a los Consumos Especiales	757.143.001	121.521.089	102.066.008	128.411.124	105,7%	25,8%	
ICE de Operaciones Internas	570.010.583	94.870.148	75.006.695	94.748.716	99,9%	26,3%	
ICE de Importaciones	187.124.418	26.650.941	27.059.312	33.662.408	126,3%	24,4%	
Impuesto Recímbite Botellas Plásticas NR	16.449.183	2.677.557	9.231	2.922.024	109,1%	109,1%	
SUBTOTAL	6.649.228.328	1.099.095.478	1.027.485.748	1.200.951.641	109%	16,9%	

Nota (1): Cifras provisionales sujetas a revisión.

Nota (2): Proporción establecida de acuerdo a la estacionalidad de cada impuesto.

Nota (3): Recaudación de impuestos sin descontar el valor por Devoluciones.

Nota (4): Recaudación descontando las devoluciones.

Nota (5): Incluye retenciones contritas patrimonios.

Nota (6): Corresponde a lo efectivamente recaudado por impuesto a la Renta de personas naturales y sociedades (menos anticipos y retenciones) más herencias, legados y donaciones.

Nota *: La meta de recaudación ha sido re estimada tras la publicación de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado y Estado de materias primas, insumos y bienes de capital remitidos por el Comité de Política Tributaria (Feb2012)

Nota **: En su caso incluye recaudación de CPG en Impuesto a la Renta, Impuesto al Valor Agregado, Multas e Intereses.

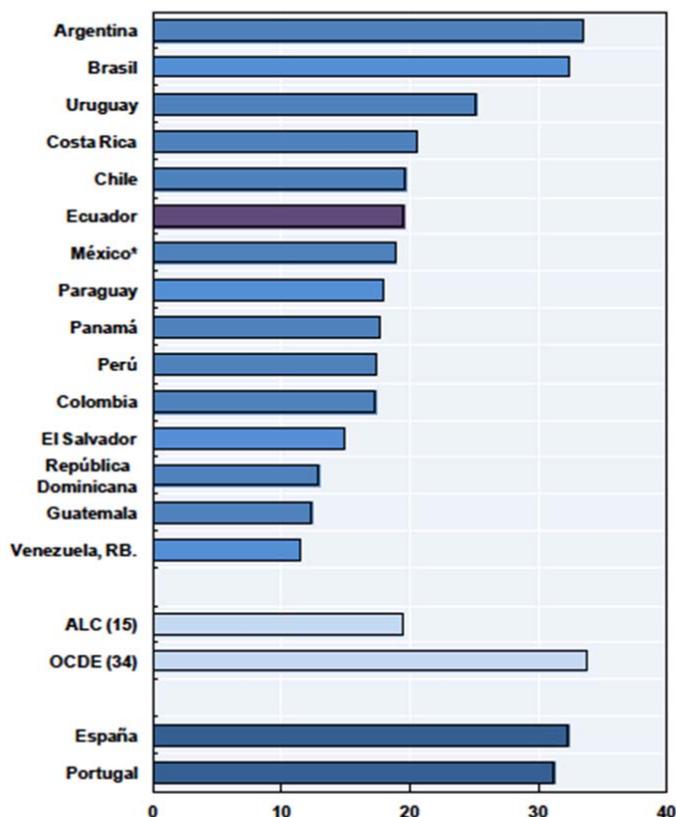
Fuente: SRI, Informe mensual de recaudación a Febrero 2013

Con ello se ha logrado una presión tributaria acorde con el promedio de América Latina. Los ingresos tributarios como porcentaje del PIB en Ecuador se han expandido en las dos últimas décadas, pasado del 9.7% en 1990 al 19.6% en el 2010, lo que se ha producido en los años 2000s y especialmente a partir del 2008, con la entrada en vigencia con una serie de reformas tributarias, pero aún no se han llegado a los promedio de los países OCDE.

Gráfico No. 4.- Recaudación tributaria total como porcentaje del PIB América Latina, OCDE

Recaudación tributaria total como porcentaje del PIB

(2010)



Fuente: Estadísticas tributarias en América Latina.¹⁶⁶

Todo esto evidencia que en nuestro país ha aumentado la presión tributaria en los últimos años, sin implicar una violación al principio de no confiscatoriedad por no concurrir las causas antes señalada, antes nos encontrábamos por debajo de los niveles promedio de América Latina, ahora nos encontramos dentro del promedio.

¹⁶⁶

Disponible en: http://www.oecd.org/ctp/globalrelationsintaxation/NEW_Ecuador%20country%20notes_final.pdf

en:

2.4.1. Derecho de propiedad y su alcance junto con el principio de no confiscatoriedad

Gustavo Naveira de Casanova, señala que a “grandes rasgos se puede decir que existe una relación unívoca y de implicancia recíproca entre estos tres elementos: existencia del Estado de Derecho, reconocimiento y garantía del derecho de propiedad privada y los tributos, tan relacionados [...], que si se prescindiera de uno de ellos, hasta desaparecerían los otros dos.”¹⁶⁷

Desde la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, se estableció en su artículo 13 que, para el mantenimiento de la fuerza pública, así como para el mantenimiento de los gastos de la administración, se requiere de una contribución común repartida igualmente entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades. En el artículo 17 de la referida Declaración se reconoció el derecho de propiedad privada.¹⁶⁸

Nuestra Constitución en su artículo 83 numeral 15, señala: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: [...]15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad sociales, y pagar los tributos establecidos por ley.”

Kirchhof, ha dicho que los tributos implican la coparticipación del Estado en las ganancias que obtienen los particulares, gracias a que el Estado mantiene las condiciones necesarias para que lo hagan.¹⁶⁹ La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha señalado, que los tributos son el precio que ha de pagarse por vivir en una sociedad civilizada, teniendo en cuenta que el poder para gravar también puede implicar el poder para destruir.¹⁷⁰ Todo lo dicho permite decir que, en principio no hay oposición entre el derecho de propiedad y la obligación de pagar tributos.

De conformidad con el artículo 321 de nuestra Constitución: “El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental.”

¹⁶⁷ Gustavo Naveira de Casanova, *El principio de...*, art. cit., p. 620.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 621.

¹⁶⁹ P. Kirchhof, “La influencia de la constitución alemana en su legislación tributaria”, en *Garantías constitucionales del contribuyente*, 2 da edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 26.

¹⁷⁰ Gustavo Naveira de Casanova, *El principio de...*, art. cit., p. 621.

Es decir, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, debe cumplir con las funciones señaladas; además, que de conformidad con el Código Civil existen claras limitaciones al dominio.

Con respecto a ello, se ha sostenido que el régimen tributario puede funcionar como una limitación al derecho de propiedad privada, en el sentido que delimita las configuraciones del mismo por la obligación que se tiene de pagar los tributos, pero en el sentido económico claro.

César García Novoa, señala que bajo esta línea argumental, “se ha pretendido afirmar que el principio de no confiscatoriedad sería un límite ajeno a la regla de la capacidad contributiva y a la propia categoría de tributo. El fundamento de este principio tributario no sería otro que el derecho de propiedad.”¹⁷¹

Se entiende entonces, que cuando para el pago de un tributo o de varios tributos una persona se ve en la situación de despojarse de sus bienes habrá allí una violación al principio de no confiscatoriedad.

Sobre la base de ello se puede decir que, en el ámbito del derecho tributario, el principio de no confiscatoriedad, se llama de tal manera por la razón de que en los tributos no existe una indemnización como si existe en la expropiación; lo que se da es un cambio en la “composición efectiva del patrimonio del particular, mas no en su consideración económica”¹⁷² –hablando en términos teóricos-.

Addy Mazz señala que “la expropiación parecería no tener relación con las obligaciones tributarias, obligaciones de carácter personal, que no suponen un vínculo en la cosa, sino un vínculo personal entre la administración y el contribuyente y, sobre todo, porque no suponen una indemnización previa.”¹⁷³ Es así que, cuando las obligaciones tributarias superen ciertos límites a pesar de que puedan sentirse como expropiatorias, son confiscatorias, porque la confiscación como se vio limita el derecho de propiedad sin los requisitos en general de la expropiación.

Por lo dicho es evidente que no resulta adecuado hablar de medida expropiatoria de carácter tributario ya que, la expropiación es un instrumento perfectamente delimitado en nuestro país respetuoso del derecho de propiedad privada, que en definitiva implica un cambio en la composición efectiva del

¹⁷¹ César García Novoa, *Tributos expropiatorios...*, art. cit., p. 400.

¹⁷² Gustavo J. Naveira de Casanova, *Las llamadas “Medidas...”*, art. cit., p. 298.

¹⁷³ Addy Mazz, “Medidas tributarias expropiatorias”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario, Cartagena de Indias*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010, p. 383.

patrimonio particular, da lugar a un intercambio forzoso de bienes entre quién es expropiado y la entidad expropiante, mientras que con el tributo, no ocurre lo mismo, “pues se trata de una detracción unilateral coactiva llevada en el patrimonio del ciudadano a cabo por el Estado, en virtud del deber de contribuir según la capacidad económica del contribuyente”¹⁷⁴ sin que ello conlleve una directa compensación ni un intercambio de bienes. Por lo cual, si atendemos al correcto significado de ambas instituciones jurídicas, resulta difícil de comprender que a través del cobro de un tributo puedan expropiarse bienes o derechos del contribuyente.

Si el cobro de un tributo o de un conjunto de tributos comporta el efecto de privar o despojar del derecho de propiedad al contribuyente, esta circunstancia patológica no debe ser vista como una expropiación, por cuanto habría un uso equivoco de conceptos jurídicos, dado el caso se debería acudir, como lo ha hecho la doctrina y los ordenamientos jurídicos al concepto de confiscación, propiamente al efecto confiscatorio.¹⁷⁵

El Estado reconoce que los tributos podrían tener el efecto práctico o indirecto indeseable de una confiscación; es decir, de una apropiación ilegítima por parte del fisco del patrimonio de los ciudadanos cuando exceden los límites de la razonabilidad de la exacción, por caer en desproporción entre las cargas impuestas y la capacidad contributiva del contribuyente.¹⁷⁶

Como señala Gustavo J. Naveira de Casanova, “con todas sus características, la expropiación implica un cambio en la composición efectiva del patrimonio del particular, mas no en su consideración económica”¹⁷⁷, mientras que cuando hablamos de un cambio del patrimonio en su consideración económica originado por los tributos, se debe acudir al efecto confiscatorio de los mismos.

No obstante, ha surgido la idea de tributo expropiatorio que se usa como referencia en el marco de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones. En ellos se asimila que dentro de las medidas expropiatorias pueden entrar las medidas tributarias. Tema que será desarrollado en el tercer capítulo de esta trabajo, por ahora basta con enunciarlo.

¹⁷⁴ Gabriel Ruan Santo, “Medidas Tributarias Expropiatorias”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010, p. 430.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 431-432.

¹⁷⁷ Gustavo J. Naveira de Casanova, *Las llamadas “Medidas...”, art. cit., 299.*

2.5. Régimen tributario ecuatoriano

Existe una distinción que facilita el entendimiento de los principios constantes en la Constitución que se aplican en el ámbito tributario; por una parte se menciona la existencia de principios constitucionales tributarios y por otra, la de principios tributarios constitucionalizados.

Los principios constitucionales tributarios son aquellos que se aplican a todo ordenamiento jurídico y le son aplicables también al orden tributario, como por ejemplo el principio de igualdad, seguridad jurídica; mientras que, los principios tributarios constitucionalizados, son los que nacen dentro del orden tributario y, en donde se aplican principalmente, sin perjuicio de aplicarse en otros ámbitos, como por ejemplo el principio de capacidad contributiva, el de no confiscatoriedad.¹⁷⁸

Los principios mencionados, todos con el mismo valor jurídico, desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico¹⁷⁹, estos han de tener una directa aplicación al devenir su fuerza normativa de la Constitución.

Nuestra Constitución en el artículo 300, señala:

El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizan los impuestos directos y progresivos. La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.

Lo primero que se evidencia es la existencia de un régimen tributario, frente a lo cual surge entonces la pregunta de ¿por qué régimen y no sistema tributario?. Pregunta que por sí sola, debe ser respondida en un trabajo que sobrepasa los ámbitos de la investigación que aquí se realiza. Por ello, a continuación se menciona someramente nuestra posición, de que en Ecuador existe un régimen tributario no un sistema, a la que se acompaña el debido fundamento teórico.

Un sistema tributario de conformidad con Sáinz de Bujanda es “[...] un conjunto de gravámenes que están juntos y que deben aplicarse como partes integrantes de un todo, cualquier grupo de impuestos que se establezcan y apliquen

¹⁷⁸ Gustavo Naveira de Casanova, *El principio de...*, art. cit., p. 620.

¹⁷⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2 da edición, 1997, p. 100

por un determinado poder se denomina sistema tributario de la organización política correspondiente.”¹⁸⁰

Schmölders señala que “el concepto de sistema tributario implica cierta coordinación de los diferentes impuestos entre sí, con el sistema económico dominante y con los fines fiscales y extra-fiscales de la imposición.”¹⁸¹

José Juan Ferreiro Lapatza señala:

El conjunto de tributos en vigor según el ordenamiento determinado de un país en un momento dado constituye el sistema tributario de ese país. Pero la expresión “Sistema tributario” parece exigir, y así lo ha entendido la doctrina de forma unánime, algo más que la simple yuxtaposición de tributos. [...] E implica, [...] que las normas que regulan los tributos que de él forman parte respondan también a la idea de un sistema como elementos de un todo ordenado hacia un fin. Que sean coherentes entre sí y coherentes con el resto del sistema y que sirvan para transmitir de forma clara a sus destinatarios el mandato que en ellas contiene.¹⁸²

El mismo autor manifiesta: “podemos decir con Schmölders que un sistema es racional cuando la armonía que en él existe es producto fundamentalmente de un examen reflexivo de los fines que se persiguen y de los medios empleados para conseguirlos.”¹⁸³

En nuestro país, la realidad parece no responder a lo que un sistema tributario implica, en realidad es complicado que un país cumpla con los requisitos para tener un verdadero sistema tributario. En Ecuador, existe una gran cantidad de impuestos vigentes, algunos sin aplicación práctica, otros derogados pero aplicados;¹⁸⁴ lo que no permite lograr la coherencia entre los tributos que un sistema implica.

Dicho ello, corresponde referirnos a cada uno de los principios que rigen la materia tributaria en nuestro país, cada uno de los cuales va a ser descrito de manera general para no desviarnos del tema central de esta investigación. No se pretende acabar el tema de los principios, sino solamente enunciarlos con una breve explicación de lo que implican.

¹⁸⁰José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 10.

¹⁸¹Ibídem.

¹⁸²José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Tributario. Parte especial “Sistema Tributario: Los tributos en particular”*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, p. 15.

¹⁸³José Juan Ferreriro Lapatza, *Curso de Derecho...*, op. cit. p. 10.

¹⁸⁴Eugenio Armando Jaramillo Vega, *Sinceramiento Tributario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

En un Estado Constitucional como el nuestro, la Constitución ha dejado de ser vista como un documento meramente político, para convertirse en norma jurídica vinculante para todos los poderes del Estado, así como para todos los ciudadanos.

Los principios establecidos en la Constitución delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos, constituyen límite de la actuación estatal y derechos constitucionales de los ciudadanos –contribuyentes-. Es así que, sin temor a equivocaciones se puede decir hoy, “[...] que los principios tributarios, al encontrarse reconocidos expresamente en el texto constitucional o derivarse de él, constituyen valores esenciales del orden tributario que ejercen una influencia directa tanto en el proceso de “creación” del sistema como en el de su “aplicación”.”¹⁸⁵

El primer principio al que se hace referencia es al principio de legalidad, que de conformidad con toda la doctrina de orden tributario es uno de los más importantes. César Montaña señala que por el principio de legalidad se debe entender, que “los tributos deben ser establecidos por los órganos legislativos correspondientes, conforme determina la Constitución.”¹⁸⁶ Por lo que solo por acto del órgano legislativo o normativo competente se puede crear, modificar o suprimir tributos

Tradicionalmente se ha identificado en este principio la exigencia de auto-imposición o consentimiento del impuesto a través de la representación de los contribuyentes, como señala el axioma clásico del parlamento inglés “*no taxation without representation*”.¹⁸⁷

De conformidad con el artículo 301 de la Constitución corresponde al Presidente de la República proponer los proyectos de ley a la Asamblea Nacional en los que se crea, modifique o suprima impuestos. Pero quien tiene la atribución para crear, modificar y suprimir tributos mediante ley es la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 120 numeral 7 de la Constitución.

Además de ello, de conformidad con el artículo 264 numeral 5 de nuestra Constitución los gobiernos autónomos descentralizados –a excepción de las parroquias rurales-, pueden crear, modificar o suprimir mediante ordenanza tasas y

¹⁸⁵ César Gamba Valega, “Los principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, en *Derecho Tributario*, coordinado por Daniel Yacolca Estares, Grijley, Lima, Grijley, Lima, Editora jurídica Grijley, 2009, p. 35.

¹⁸⁶ César Montaña Galarza, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembros de la Comunidad Andina”, en *Tópicos Fiscales Contemporáneos*, coordinado por Daniel Yacolca Estares, México, Universidad de Guadalajara, 2004, p. 218.

¹⁸⁷ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y...*, op. cit., p. 41.

contribuciones especiales de mejoras, lo que ha llevado a decir que la máxima del principio de legalidad *-nullum tributum sine lege* –no hay tributo sin ley-, se ha reducido a que no hay impuesto sin ley, debido a una flexibilización del principio de legalidad, César Montaña al respecto del principio de legalidad indica que “[...] se ha adecuado a las exigencias actuales de la organización del Estado y de su proyección hacia los ámbitos nacional e internacional [...]”¹⁸⁸.

El segundo principio en ser caracterizado es el de reserva de ley, que junto con el principio de legalidad, al decir de César Montaña constituyen “[...] la piedra angular que condiciona la producción normativa [...]”¹⁸⁹ en materia tributaria.

José Oswaldo Cásas refiriéndose a este principio, señala “[...] convierte por mandato constitucional una parcela dentro del ordenamiento jurídico, en nuestro caso el correspondiente a la creación, modificación extinción, cancelación, derogación de tributos, y la definición de sus elementos estructurales, en un ámbito en el cual solo puede actuar la ley [...]”¹⁹⁰

El principio de reserva de ley, en términos generales significa que los elementos esenciales de los tributos deben estar establecidos por ley, en el caso de las tasas y contribuciones especiales de mejoras creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, la ordenanza que los crea debe establecer todos los elementos de esos tributos.

Dentro de nuestra Constitución este principio no encuentra una mención expresa, sino en el artículo 4 del Código Orgánico Tributario. Se entiende que todos los elementos que son enumerados en el referido artículo del Código, deben estar cubiertos por este principio, el que viene a funcionar como una garantía de los ciudadanos y de todos en general para la correcta comprensión y aplicación de los diferentes tipos de tributos.

El principio de capacidad contributiva, ya fue abordado con motivo de la explicación del principio de no confiscatoriedad, basta recordar lo dicho por Alberto Tarsitano, que lo define como “[...] una aptitud efectiva del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud inherente a la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica) que, tamizados por la valoración del

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 222-223.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 217-218.

¹⁹⁰ José Oswaldo Cásas, “Principios jurídicos de la tributación”, en *Tratado de Tributación*, dirigido por Horacio García Belsunce, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 266.

legislador, son elevados al rango de categoría imponible.”¹⁹¹ Constituyéndose así en el eje transversal de todos los demás principios, en la base de nuestro régimen tributario y de cualquier sistema o régimen tributario.

Con motivo de la explicación del principio de no confiscatoriedad, se abordó también el principio de progresividad, no siendo más que necesario recordar, que este principio busca igualar la situación de distintos contribuyentes ante el fisco, “determinando una escala de coeficientes que se incrementan más que proporcionalmente en la medida en que suben sus disponibilidades de rentas o consumos.”¹⁹²

Un principio que no encuentra reconocimiento expreso en nuestra Constitución pero sí en el Código Orgánico Tributario –artículo 4- y que debe ser diferenciado del principio de progresividad, es el de proporcionalidad, que al decir de Héctor Villegas exige “que la fijación de contribuciones concretas de los habitantes de la Nación sea “en proporción” a sus singulares manifestaciones de capacidad contributiva, ya que lo deseado es que el aporte no resulte “desproporcionado” en relación a ella.”¹⁹³

Con respecto al principio de generalidad, Fernando Sáinz de Bujanda señala: “todos los ciudadanos han de concurrir al levantamiento de las cargas públicas”¹⁹⁴. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, celebrada en Bogotá en 1948 dispuso en su artículo XXXVI que: “Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.” En ese mismo sentido el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 32 señala: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.” Además de ello, nuestra Constitución en el artículo 83 numeral 15 señala: “Son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y las ecuatorianas, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: [...] Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.” Es así que por este principio entiendo que todos deben pagar los tributos cuando se produce el hecho

¹⁹¹ Alberto Tarsitano, *El principio de...*, art. cit., p. 409.

¹⁹² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. 1060A /01, en Alfredo Lewin Figueroa, *Principios Constitucionales del Derecho Tributario*, Bogotá, universidad de los Andes, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2002, p. 115,

¹⁹³ Héctor B. Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1984., p. 190.

¹⁹⁴ Fernando Sáinz de Bujanda, *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense, 8va edición, 1990, p. 104.

generador, todos los que se encuentren dentro de lo establecido por el hecho generador.

La vigencia de este principio no implica que no puedan existir exenciones o beneficios fiscales, las que generalmente están establecidas con base en el principio de capacidad contributiva, lo que implica es que no puede existir exenciones u otros beneficios *intuitu personae*, ya que este principio tiene como notas caracterizadores la abstracción y la impersonalidad.¹⁹⁵

Con Respecto del principio de eficiencia, al decir de Alfredo Lewin Figueroa no existe en la doctrina un concepto, pero “[...] generalmente se relaciona con el ideal de impuestos que se recaudan con el menor costo posible, tanto para el Estado como para los contribuyentes.”¹⁹⁶ La eficiencia es distinta de la eficacia, se entiende por la primera que los resultados deben ser obtenidos con los menores costos posibles, mientras que por la segunda, lo que importa es lograr los resultados.

Por el principio de simplicidad administrativa aplicado en materia tributaria, se entiende que, la recaudación y administración de los tributos debe ser relativamente sencilla, lo que implica que administración debe implementar tributos y mecanismo que permitan un control sencillo.No puedo dejar de advertir que los impuestos directos son de más difícil aplicación frente a los indirectos y frente a los conocidos como heterodoxos.

Se entiende que, el principio de transparencia es aplicable a toda la administración, lo que refuerza la idea de que la administración pública constituye un servicio a la colectividad, de conformidad con el artículo 227 de nuestra Constitución. El régimen tributario debe ser claro y estar a la mano del conjunto en general de los contribuyentes. Este principio a su vez debe conjugarse con la seguridad y certeza jurídica, en el sentido de que los contribuyentes deben saber cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos.

El principio de irretroactividad, es un principio que pertenece en general a todas las ramas Derecho; señala Alfredo Lewin Figueroa, que de conformidad con la doctrina alemana, “la retroactividad es sólo de dos clases: auténtica o propia, cuando afecta hechos realizados en el pasado o anteriores a la ley retroactiva; o impropia, si afecta hechos o situaciones aún no cerrados o no concluidos.”¹⁹⁷ Señala que la

¹⁹⁵ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y...*, op. cit., p. 38-39.

¹⁹⁶ Alfredo Lewin Figueroa, *Principios Constitucionales del...*, op. cit., p. 119.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 133.

primera es totalmente proscrita; mientras que, la segunda ha sido admitida en ciertos casos pero con una gran excepcionalidad.

Estimo que este principio se contrasta igualmente que el anterior con la seguridad y certeza jurídica, ya que los contribuyentes deben estar claros sobre la realidad jurídica de sus actuaciones, para poder celebrar las transacciones, operaciones y cumplir con sus deberes jurídicos, conociendo las consecuencias de los mismos.

La equidad en nuestra Constitución está consagrada como principio tributario, se entiende por esta en materia tributaria, el trato igual entre iguales y el trato desigual con desiguales, así se habla de una equidad horizontal –entre iguales- y equidad vertical –entre desiguales-. Junto con este principio, o más bien dicho como sinónimo de él se habla del principio de igualdad, es que se encuentra establecido de forma general en el numeral 2 del artículo 11, constituyendo “un valor, no solo del sistema tributario, sino del conjunto del ordenamiento.”¹⁹⁸

El principio de suficiencia recaudatoria, aparece por vez primera en nuestro país con la actual Constitución, Eddy de la Guerra al respecto de este principio señala:

[...] propugna y promueve una recaudación tributaria suficiente para solventar el gasto público en la proporción que le corresponde de acuerdo a su participación en el Producto Interno Bruto; toda vez que los ingresos tributarios constituyen una porción considerable de los ingresos totales del Estado; de tal forma que la administración tributaria a cargo deberá recaudar la mayor cantidad de tributos con eficacia y eficiencia administrativa, consecuentemente el producto de la recaudación deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades financieras y las finalidades extrafiscales implícitas; la simple suficiencia recaudatoria como meta no basta para garantizar el cumplimiento del principio, la otra cara de la moneda está representada en la figura de las necesidades satisfechas, de tal forma que para garantizar el cumplimiento del principio se requiere además de una administración eficiente del producto recaudado.¹⁹⁹

Explicado de esa manera el régimen tributario existente en el Ecuador, se debe obrar de manera respetuosa con cada uno de los principios que lo guían, tanto en la creación de los tributos como en su aplicación.

¹⁹⁸ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y...*, op. cit., p. 37.

¹⁹⁹ Eddy María de la Guerra, *El régimen tributario entre los años 1999 y 20120 en relación a la suficiencia recaudatoria y capacidad contributiva del IVA, ICE e Impuesto a la Renta*”, Tesis de Maestría, Quito, 2010, p. 37-38.

CAPÍTULO III: ¿Figura de la medida tributaria expropiatoria?

3.1. Expropiación Indirecta

Para el desarrollo de todo este capítulo, he utilizado como base una publicación de la UNCTAD del año 2012, “*Expropriation: a sequel*”, publicación que tiene como objeto el desarrollo de la figura de la expropiación en el marco de los TBI’s.

Todos los ejemplos, todos los casos, todos los TBIs que se mencionan dentro de este capítulo han sido extraídos de la referida publicación, que estimo es la más importante en este tema en la actualidad.

Como se ha dicho los Estados tienen el derecho soberano a expropiar propiedad de los nacionales, extranjeros dentro de su territorio, ya sea por razones de orden social, económico, político. Para que la expropiación sea acorde con la normativa y las garantías de los derechos se deben cumplir con las siguientes condiciones: (i) la propiedad debe ser tomada por causa de utilidad pública; (ii) no debe ser discriminatoria, (iii) debe respetarse el debido proceso, (iv) debe acompañarse una indemnización.²⁰⁰

Desde la óptica del régimen internacional de las inversiones, en la actualidad, han existido pocas medidas de expropiación directa, en los últimos años el concepto de la expropiación indirecta se ha vuelto cada vez más importante,²⁰¹ lo que se explica básicamente por dos factores: (i) los derechos de los inversionistas se encuentra muy bien protegidos a través de muchos tratados de protección y promoción de las inversiones, lo que les permite impugnar directamente las medidas tomadas por los Estados; y, (ii) Los Estados intervienen activamente, con mayor frecuencia en la

²⁰⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2012, p. 1-2.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 2.

economía, lo que en algunos casos puede tener algún impacto negativo en los intereses de los inversionistas extranjeros.²⁰²

Los TBIs han establecido garantías para los inversionistas extranjeros, entre ellas una que prohíbe la expropiación de sus inversiones sin compensación. Generalmente en estos instrumentos se utilizan los términos nacionalización y expropiación como sinónimos, pero en realidad no lo son, por un lado la nacionalización se refiere a la toma de propiedad privada a gran escala en un sector económico; mientras que, la expropiación se refiere a la toma de una propiedad específica.

Habiéndome ya referido a la expropiación directa en el capítulo anterior, corresponde hacerlo a la indirecta, la que implica “la total o casi total privación de una inversión, pero sin una transferencia formal del título de propiedad o del derecho de dominio.”²⁰³

En los primeros años de suscripción de TBIs no se definía a la expropiación indirecta, se consideraba que la noción de expropiación cubría todos los posibles casos; en los últimos años la tendencia ha cambiado, la inmensa mayoría de TBIs se detienen en definir tanto a la expropiación directa como a la indirecta.²⁰⁴

Una definición considerada ya clásica de expropiación indirecta se encuentra en el caso *Starret Housing vs. Irán*: “[...] Está reconocido en el derecho internacional que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal punto que estos derechos se vuelven tan inútiles que debe considerarse que han sido expropiados, a pesar de que el Estado no pretende expropiarlos y el título legal de la propiedad sigue siendo formalmente del propietario original.”²⁰⁵

La expropiación indirecta puede ser entendida como

²⁰² *Ibíd.*, p. 2.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 7.

²⁰⁴ TBI entre China y Nueva Zelanda (2008), TBI entre Líbano y Malasia (2003), TBI entre Austria y Croacia (1997), TBI Egipto Alemania (2005), TBI México y Reino Unido (2006) También este enfoque es utilizado en Tratados de Libre Comercio como el TLC Austria-Chile (2004). Véase United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2012, Chapter I.

²⁰⁵ Caso *Starret Housing* contra Irán, Laudo interlocutorio No. ITL 32-24-1, Diciembre 19 de 1983. La traducción es mía. Version original: “[...]it is recognized under international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”

la forma de expropiación que no involucra la transferencia directa del derecho de dominio de un particular al Estado, sino aquella en la que, a pesar de que formalmente el derecho de dominio continúa en cabeza del titular, desde la perspectiva económica el inversionista enfrenta la privación de hecho, total o parcialmente y de manera significativa, del uso, goce y beneficio de la propiedad como resultado de la adopción por el Estado de una medida o serie de medidas que tienen un efecto equivalente a la expropiación.²⁰⁶

En el caso *Metalclad Corporation vs. México*, el gobierno de México había asegurado a la compañía demandante, que su proyecto para la construcción de un relleno sanitario había cumplido con todos los requisitos ambientales; pero, las autoridades locales negaron el permiso de construcción correspondiente y posteriormente declararon como reserva natural el lugar en el cual se iba a construir el relleno. El tribunal arbitral en este caso dijo:

El artículo 1110 del *TLCAN* establece que “[n]inguna de las Partes podrá directamente o indirectamente [...] expropiar una inversión [...] o adoptar una medida equivalente [...] a una expropiación [...] salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización [...]”. “Una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica. Por lo tanto, la expropiación en el *TLCAN* incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”²⁰⁷

En el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México*, el tribunal arbitral señaló, que la expropiación indirecta puede configurarse a través de una serie de actos o medidas y, que la única forma para establecer que dichos actos o medidas son expropiatorias, es a través es un examen de las circunstancias propias de cada caso.²⁰⁸

En el caso *Revere & OPIC vs. Jamaica*, en el cual el demandante, a través de su filial, había llegado a un acuerdo con el Gobierno de Jamaica, que contiene una

²⁰⁶ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de...*, art. cit., p. 251.

²⁰⁷ Caso *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 102-104. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MetalcladAward-Spanish.pdf>

²⁰⁸ Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

cláusula de estabilización en materia de impuestos y otras cargas financieras, pero en 1974 el Gobierno en violación de ese acuerdo, aumento drásticamente los impuestos y regalías, a lo cual el tribunal arbitral señaló:

[...] los efectos de las acciones del Gobierno de Jamaica de anular sus compromisos a largo plazo [para con Revere] han tenido sustancialmente las mismas repercusiones sobre el control efectivo del uso y las operaciones como si las propias propiedades hubiesen sido concedidas mediante un contrato de concesión denunciado. Para determinar esta conclusión, consideramos que las repercusiones de la acción del Gobierno [sic] deben ser sobre el ejercicio del control, y de que el control al que se hace referencia debe ser 'efectivo'; es decir, que debe ser práctico y no meramente teórico. No se trata de un problema legal, sino práctico. OPIC alega que RJA todavía tiene los derechos y propiedades que tenía antes de los acontecimientos de 1974: está en posesión de la planta y de otras instalaciones; cuenta con su concesión minera; puede operar como lo hacía previamente. Esto puede ser verdad formalmente, aunque por las razones expuestas a continuación, no consideramos que el 'control' [de Revere] sobre el uso y operación de sus propiedades sigue siendo 'efectivo', a la vista de la destrucción de sus derechos contractuales por mora de las acciones del Gobierno.²⁰⁹

Sobre la base de ello, se puede decir que la expropiación indirecta se caracteriza por los siguientes elementos acumulativos: (i) un acto atribuible al Estado, (ii) interferencia con los derechos de propiedad, (iii) de tal grado la interferencia que los derechos o intereses pierden todo o casi todo el valor para el propietario, o el propietario es privado del control sobre la inversión, (iv) propietario retiene el título legal de propiedad.²¹⁰

En esta expropiación indirecta, a diferencia de lo que ocurre con la directa; el Estado se niega a reconocer la naturaleza de la medida expropiatoria, por lo que se niega a ofrecer una compensación a los inversores perjudicados. En el evento de una disputa, será el tribunal arbitral quien determine si la medida constituye una expropiación; es decir, se requiere de un análisis caso por caso, para decidir si una medida constituye una expropiación indirecta.

En la sección 3.2. de este trabajo se analiza y se identifica los elementos y pruebas que se utilizan para determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta. El tribunal deberá empezar analizando si los actos en cuestión, son imputables al Estado demandado; téngase en cuenta que en la mayoría de casos las expropiaciones son

²⁰⁹ Caso *Revere & OPIC vs. Jamaica*.

²¹⁰United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p.12.

consecuencias del poder ejecutivo, actos administrativos, actos normativos, decretos ó, resultado de medidas legislativas y eventualmente por actos judiciales. En algunos casos el análisis será sencillo en otros no tanto.

Los inversores amparados por los TBIs, han impugnado como expropiatorias medidas: “confiscatorias de impuestos, medidas que prohíben la distribución de los dividendos a los accionistas, reglamentos laborales que prohíben el despido del personal, decisiones judiciales, reglamentos financieros y normas relativas a las licencias obligatorias.”²¹¹

En el caso *Occidental vs. Ecuador* (2004), el tribunal señaló que los impuestos puede dar como resultado la expropiación al igual que otros tipos de medidas reglamentarias.²¹² Los TBIs pueden incluir excepciones especiales con respecto a cierto tipo de medidas, como por ejemplo prohibir que medidas tributarias puedan cobijarse bajo el manto de un TBI determinado, como antes ya fue señalado.

Lo dicho nos lleva a la interrogante de ¿qué activos o derechos pueden ser expropiados?, entre otras cosas para saber qué derechos deben ser expropiados se debe revisar, primero la definición de “inversión”, lo que ya fue realizado a detalle en el primer capítulo de este trabajo.

En el caso *EnCana vs. Ecuador*, la demandante impugnó la decisión de no devolver el impuesto al valor agregado –IVA- como una expropiación, el tribunal tenía que decidir si el derecho a la devolución del IVA constituyó una “inversión” bajo el TBI entre Ecuador y Canadá. El tribunal señaló que “era difícil imaginar una definición más amplia de “inversión” que la encontrada en el TBI”; es decir, sostuvo que el derecho a la devolución del IVA en relación con transacciones pasadas fue una inversión capaz de ser expropiada. Se concluyó que no hubo como tal una expropiación, por cuanto la compañía continuó con el control de la inversión sin problema, pero se sostuvo un concepto amplísimo de lo que se considera como inversión.

Existen otras interrogantes en este punto, como si ¿una parte específica de una inversión puede ser expropiada?, ó si ¿los incumplimiento contractuales pueden ser considerados como expropiaciones?. Temas que sobrepasan el ámbito de este trabajo,

²¹¹ *Ibíd.*, p.15.

²¹² Caso *Occidental vs. Ecuador*, julio 1 de 2004, párr. 85.

los que merecen una investigación independiente; baste en este momento solo mencionarlos.²¹³

En los casos de expropiación indirecta lo primero que se debe establecer es si ha ocurrido la expropiación y, luego si analizar las condiciones que determinan la legalidad de la expropiación. El derecho a expropiar es una prerrogativa no sujeta a discusión de los Estados, no obstante ello, el derecho internacional a través de sus principios, así como el derecho interno de los Estados condicionan a la expropiación, en el sentido de que se deben cumplir ciertos requisitos para su procedencia.

3.1.2. Clases

La figura de la expropiación indirecta se ha desarrollado dentro del ámbito del derecho internacional, entendiéndose como tal una acción o conjunto de acciones que resulten equivalentes a una expropiación o nacionalización sin que esto signifique una pérdida del derecho de propiedad, sino una pérdida material del control o del valor económico de la inversión.

Se ha dicho que la expropiación indirecta comporta dos modalidades: la expropiación indirecta de facto o propiamente dicha, y la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*.²¹⁴

Una medida aislada que no consiste propiamente en la privación del derecho de propiedad (expropiación directa), puede o no ser equivalente a una expropiación. Si se encontrara que, a pesar de no privar formalmente de la propiedad sobre la inversión, la medida resulta ser equivalente o tener el mismo efecto que habría tenido una expropiación directa, entonces estamos frente a la expropiación indirecta de facto.²¹⁵

Una serie de medidas tomadas a lo largo del tiempo podrían ser equivalentes a lo que el derecho internacional ha llamado *creeping expropriation*, misma que ha sido

²¹³ En el punto 3.2.2. de este trabajo se responde a estas preguntas de manera rápida y no tan profunda, basta indicarlo

²¹⁴ Véase caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, p.114. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>

²¹⁵ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de...*, art. cit., p. 271.

caracterizada por la UNCTAD “como una expropiación que se lleva a cabo a través de una serie de actos o a lo largo de un período de tiempo”²¹⁶.

Para mayor ilustración miremos las consideraciones del tribunal arbitral del caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, con respecto de la expropiación indirecta progresiva:

Generalmente, se entiende que la expresión « [...]equivalente a la expropiación [...] » o «tantamount to expropriation» que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada « expropiación indirecta » o « creeping », así como a la expropiación de facto aludida más arriba¹²⁶. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente – en ese sentido el término creeping alude a un sólo tipo de expropiación indirecta – y puede manifestarse a través de un sólo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de creeping expropriation y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de « expropiación indirecta », y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente.²¹⁷

En el tribunal del caso Generación Ucrania vs. Ucrania se refirió a esta forma de expropiación indirecta como aquella que viene “con un distintivo de calidad temporal en el sentido de que encapsula la situación en la que una serie de actos imputables al Estado en un período de tiempo culminan en la toma de la propiedad.”²¹⁸

²¹⁶United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-90s*, New York, UNITED NATIONS, 1998: “...creeping expropriation is comprised of a Lumber of elements, none of which can separately constitute the International wrong. These constituent elements include non-payment, non-reimbursement, cancellation, denial of judicial access, actual practice to exclude, non-conforming treatment, inconsiliable legal blocks, and so forth”.

²¹⁷ Véase caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Cao CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>

²¹⁸ Caso Generación Ucrania vs. Ucrania, septiembre 16 de 2003. Párr. 20-22. La traducción es mía. Versión original: “with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property”

Por ello se puede decir que, la expropiación progresiva se constituye por una serie de actos estatales separados, dentro de un período de tiempo determinado, que invaden uno o más de los derechos de propiedad de un inversionista extranjero que eventualmente destruyen -o casi destruyen- el valor de su inversión o lo privan de control sobre la misma.

3.1.3. Diferencias con la expropiación directa

Por un lado la expropiación directa, implica la transferencia del derecho de propiedad, del derecho de dominio del inversionista al Estado; mientras que, el rasgo distintivo de la expropiación indirecta no es la transferencia del derecho de dominio del inversionista al Estado, sino que la medida o conjunto de medidas tengan el mismo efecto de la expropiación directa, sin que el título de propiedad cambie.

En el siglo pasado la regla era la expropiación directa por parte de los Estados, pero en los últimos años, como ya se dijo, por el amplio espectro que ocupan los Estados, la expropiación indirecta se ha convertido en la regla.

Por otro lado en los casos de expropiación directa existe una deliberada, inequívoca intención de privar al particular de su propiedad, a través de la transferencia del derecho de dominio, en la expropiación indirecta no existe evidencia manifiesta de ese tipo de intención.

La expropiación directa, está perfectamente delimitada dentro de los ordenamientos internos de los Estados, como se señaló antes, el COOTAD, el Código de Procedimiento Civil, la Ley del Sistema Nacional de Compras Públicas, regulan la expropiación en nuestro país; mientras que, la expropiación indirecta, es una figura que se ha originado en el ámbito internacional.

3.2. Naturaleza y características de la Expropiación Indirecta.

Sin pecar de repetitivo, debo manifestar que al igual que lo anteriormente mencionado como lo que sigue en este punto y en el resto de este capítulo a excepción del punto 3.3., tiene como base la publicación de la *UNCTAD "Expropriation: a sequel"*.

Se señala en la referida publicación, que uno de los problemas más difíciles ha sido el establecer la existencia de una expropiación indirecta, sin menoscabar el derecho de los Estados a reglamentar en función del interés público.

Por lo dicho, se debe indicar que los principales elementos para evaluar la existencia o no de una expropiación indirecta son a saber: (i) impacto económico de la medida, (ii) interferencia con las expectativas del inversionista (iii) la naturaleza, finalidad y carácter de la medida.²¹⁹

(i) Impacto económico de la medida.- La medida o serie de medidas para ser consideradas como expropiatorias, deben tener un efecto destructivo y de larga duración en el valor económico de la inversión, en el beneficio de la misma al inversionista ó, cuando se pierde el control sobre la inversión.²²⁰

Una expropiación indirecta debe tener los mismos efectos de una expropiación directa, sin el traspaso del derecho de propiedad. El impacto de la medida debe ser tal, que bienes del inversionista deben tornarse en inútiles, debe privar al dueño de los derechos económicos de la inversión²²¹. Es así que en el caso *CME vs. República Checa*, el tribunal declaró que la privación se produce cada vez que un Estado toma medidas que neutralizan eficazmente el beneficio de la propiedad del inversionista extranjero.²²² La interferencia con la propiedad no solo que debe ser sustancial, sino debe ser total, debe producir tal deterioro, que sea equivalente a la toma de la propiedad.

Es por ello, que en la mayoría de los casos, las reclamaciones cuyo fundamento es la expropiación indirecta, no han sido aceptadas por los tribunales, por no alcanzar el nivel de una expropiación. Como en el caso *Occidental vs Ecuador* (2004).

En el caso *Pope & Talbot vs. Canadá*, el tribunal dijo que: “Si la interferencia es suficientemente restrictiva como para apoyar una conclusión de que la propiedad ha sido tomada”, se puede decir que ha existido una expropiación indirecta.²²³ En el caso *Sempra vs. Argentina* el tribunal explicó que el valor de la empresa tenía que ser virtualmente aniquilado.²²⁴

²¹⁹United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 62-63.

²²⁰ *Ibid.*, p. 63.

²²¹ *Ibid.*, p. 63-64.

²²² Caso *CME vs. República Checa*, Laudo parcial, septiembre 13 de 2001, párr. 150.

²²³ Caso *Pope & Talbot vs. Canadá*, Laudo Provisional, junio 26 de 2000, párr. 26.

²²⁴ Caso *Sempra Energy vs. Argentina*, Laudo, septiembre 28 de 2007, párr. 285.

Se puede considerar también que ha existido una expropiación indirecta cuando hay una pérdida del control sobre la inversión, cuando se impide al inversor usar o disponer de su inversión, es así que en el caso *Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company*, el tribunal dijo que se produjo una expropiación de la inversión, cuando Irán designo consejeros temporales para controlar y gestionar la empresa del demandante prohibiendo a las instalaciones, impidiéndole así participar en el control y gestión de la compañía.²²⁵

En el caso *Pope & Talbot vs. Canadá*, el tribunal señaló una lista ejemplificativa de ejemplos de interferencia indebida en el control de un negocio: interferencia con las operaciones del día a día de la inversión, detención de empleados o funcionarios, toma de las ganancias, interferencia con la gestión de las actividades o de los accionistas, interferencia con el nombramiento de los consejeros o directivos de la compañía²²⁶. Lista que debe ser contrastada con los hechos particulares de cada caso ya que algunos, implicarán la pérdida del control de la su inversión y en otros no.

Conforme con lo dicho anteriormente la medida o conjunto de medidas, para que puedan ser vistas como una expropiación indirecta, deben tener un efecto definitivo y permanente, deben ser medidas irreversibles.²²⁷

Surge en este punto una duda, ¿la medida como una acción estatal, por sí sola puede constituir una expropiación indirecta, sin importar el motivo que exista atrás de ésta?. La doctrina conocida como “*sole effect*”, señala que si, para esta no es relevante el objetivo subyacente. En lo personal no concuerdo con esta teoría, estimo que una privación efectiva es una condición necesaria, una condición sumamente importante a la hora de determinar la existencia de una expropiación indirecta, pero no es una condición suficiente, se debe considerar también el contexto dentro del cual se toma la medida.²²⁸

²²⁵ Caso *Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company*, octubre 28 de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, p. 278.

²²⁶ *Pope & Talbot vs. Canadá*, junio 26 de 2000, párr. 100.

²²⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 69.

²²⁸ Véase el TBI suscrito entre Colombia e India, (2009) señala: Artículo 6 “[...] b. La determinación de si una medida o serie de medidas de una Parte Contratante constituyen una expropiación indirecta exige una investigación factual, caso por caso, teniendo en cuenta: (I) el impacto económico de la medida o serie de medidas; sin embargo, el solo hecho de que una medida o una serie de medidas tengan efectos adversos sobre el valor económico de una inversión no implica que una expropiación indirecta haya ocurrido [...]”

(ii) Interferencia con las expectativas del inversionista.- Este es otro factor que permite determinar si ha existido una expropiación indirecta. El TBI suscrito entre Colombia y China (2008) en su artículo 4 al respecto señala: “[...] b) La determinación de si una medida o serie de medidas de una Parte Contratante constituye expropiación indirecta exige una investigación factual, caso por caso, teniendo en cuenta: [...] ii) El alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia en las expectativas razonables y distinguible sobre la inversión; [...]”. El TBI entre Australia y Chile (2008) se pronuncia en los mismos términos señalando : Anexo 10-B: Expropiación “[...] 3 (a) La determinación de si un acto o serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una forma indirecta expropiación, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: [...] (b) si la medida o serie de medidas interfiere con las inequívocas y razonables expectativas de las inversiones del inversionista.”

Para analizar un supuesto de expectativas se debe identificar su base, algunos tribunales han dicho que no requieren las expectativas estar basadas en compromisos específicos del Estado en el cual se invierte²²⁹; otros en cambio, requieren compromisos específicos asumidos por el Estado.²³⁰ El último enfoque suele ser preferido.

No obstante ello, el “grado de riesgo al que los inversores están expuestos depende del tipo de inversión, el marco regulatorio, las características y particularidades institucionales del país anfitrión y otros factores relevantes – políticos, económicos y sociales-, así como el nivel de desarrollo.”²³¹

(iii) Naturaleza, propósito y carácter de la medida.- Elementos particularmente importantes para determinar si ha ocurrido una expropiación o un acto válido regulatorio del Estado no sujeto a compensación.

El TBI suscrito entre Canadá y Rumania en el 2009, al respecto señala: “Anexo B: Aclaración de expropiación indirecta [...] (B) La determinación de si una medida o serie de medidas de una Parte Contratante constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: [...] (ii) El carácter de la medida o serie de medidas, entre su propósito y razón de ser, [...]”. En el mismo sentido, el TBI suscrito entre Colombia e India

²²⁹United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 75.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ *Ibid.*, p. 76.

señala: “Artículo 6 [...] La determinación de si una medida o serie de medidas de Parte Contratante constituye expropiación indirecta exige una investigación factual, caso por caso, teniendo en cuenta: [...] el carácter y el propósito de las medidas o la serie de medidas, si son para propósitos de buena fe, de interés público o no y, si existe un nexo razonable entre ellos y la intención de expropiar.”

La naturaleza de la medida se refiere a “si se trata de un auténtico acto reglamentario. El objetivo se centra en si la medida realmente persigue un legítimo objetivo de política pública. El carácter de la medida incluye características tales como la no discriminación, debido proceso y proporcionalidad.”²³²

Estimo que la intención debe formar parte de él análisis sobre la naturaleza, el propósito y el carácter de la medida. Lo que implica que la doctrina de “*sole effect*” no debería ser aceptada de ninguna forma.

Una tarea complicada cuando se aborda este tema de la expropiación indirecta, es la de distinguirla con respecto a los actos de los Estados que no están sujetos a compensación, como ya se manifestó. Para ello, se recurre a la doctrina de los poderes de policía del Estado²³³, ya que es plenamente aceptado en del derecho internacional que los actos de un Estado en principio, no son sujetos a indemnización cuando son una expresión de los poderes de policía del mismo y hayan observado las garantías establecidas al respecto.

La doctrina de los poderes de policía abarca actos del Estado, tales como:

- (a) Decomiso o una multa para castigar o reprimir los delitos,
- (b) Incautación de propiedad por medio de impuestos,
- (c) Legislación que restringe el uso de propiedad, incluyendo la planificación, el medio ambiente, la seguridad, la salud y la concomitante restricciones a los derechos de propiedad, y
- (d) La defensa contra amenazas externas, la destrucción de la propiedad de los neutrales, como consecuencia de las operaciones militares y la toma de la propiedad enemiga, como parte pago de la reparación de las consecuencias de una guerra ilegal.²³⁴

²³²United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 78.

²³³ Como lo señala Agustín Gordillo: “El poder estatal es uno solo. La llamada división de “poderes” consiste en una división de “funciones” (legislativa, administrativa, jurisdiccional) y de órganos (legislativo, administrativo y jurisdiccional.) La policía o el “poder de policía” no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones mencionadas.” Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf

²³⁴United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 79.

En el Tratado NAFTA existen en su capítulo 11, artículo 1108 varias reservas y excepciones para que los Estados puedan cumplir con sus objetivos de políticas públicas sin verse afectados por las disposiciones de protección de inversiones, como las de trato nacional etc.

Varios tribunales arbitrales se han referido a los poderes de policía de los Estados. En el caso *Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company*, se señaló: “es un principio aceptado de derecho internacional que el Estado no es responsable de los daños económicos que son consecuencia una “regulación” de la buena fe dentro de lo que es aceptado como poder de policía de los Estados”.²³⁵

En el caso *Feldman vs. México*, el tribunal señaló:

[...] los gobiernos deben tener la libertad de actuar por el interés público general a través de la protección del medio ambiente, los regímenes impositivos nuevos o modificados, la concesión o retirada de los subsidios gubernamentales, reducciones o aumentos en los niveles arancelarios, la imposición de restricciones de zonificación y similares [...] la regulación gubernamental razonable de este tipo no puede alcanzarse si cualquier empresa que se vea afectada puede solicitar una compensación [...].²³⁶

En el caso *Methanex vs. Estados Unidos de América*, el tribunal dijo: “[...] como una cuestión de derecho internacional general, una regulación discriminatoria por razones de interés público, que es promulgada de conformidad con el debido proceso y que afecta, inter alias, a un inversor extranjero o a su inversión no se considera expropiatoria y compensable [...]”.²³⁷

En el mismo sentido en el caso *Saluka vs. República Checa* el tribunal refiriéndose a los poderes de policía del Estado dijo: “Ahora se ha establecido en el derecho internacional que los Estados no son obligados a pagar una indemnización a un inversionista extranjero cuando, en el normal ejercicio de sus competencias normativas, adoptan en una forma no discriminatoria y de buena fe regulaciones que tienen como objetivo el bienestar general”.²³⁸

²³⁵ Caso *Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company*, octubre 28 de 1985, Tribunal de Reclamaciones.

²³⁶ Caso *Feldman vs. México*, diciembre 16 de 2002, párr. 83.

²³⁷ Caso *Methanex vs. Estados Unidos de América*, Laudo Final, agosto 3 de 2005. Párr. 7.

²³⁸ Caso *Saluka vs. República Checa*, Laudo Parcial, marzo 17 de 2006, párr. 255.

Es evidente así, que los Estados tienen el derecho de ejercer sus poderes de policía; ningún TBI puede limitarlos, lo que pueden hacer es establecer garantías para los inversionistas extranjeros.

Algunos TBIs recientes, contienen cláusulas como:

Salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son tan severas a la luz de su finalidad que no pueden ser razonablemente consideradas como si fueran adoptadas y aplicadas de buena fe y de manera no discriminatoria, sino que son diseñadas y aplicadas con fines públicos o objetivos tales como la salud pública, protección de la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.²³⁹

Estas garantías a los inversionistas se traducen en: (i) no discriminación, (ii) buena fe, (iii) No arbitrariedad y, en algunos casos se ha establecido que (iv) cumplan con el principio de proporcionalidad.²⁴⁰

En el caso Fondo de Bombero vs. México, el tribunal dijo:

Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no indemnizable por el Estado receptor, los siguientes factores -usualmente en combinación- pueden tenerse en cuenta: si la medida está dentro de las facultades de la policía reconocidas del Estado de acogida, con el propósito -público- y el efecto de la medida, si la medida es discriminatoria, la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar, y la naturaleza auténtica de la medida.²⁴¹

Es así, que si se evidencia el cumplimiento de estas garantías, un Estado no puede ser sujeto de una reclamación de expropiación indirecta ya que, se trata de una regulación estatal en ejercicio de la soberanía del Estado con observancia de los tratados internacionales que lo regulan. Una medida no discriminatoria de aplicación general que busca un objetivo de bienestar general y efectuada de conformidad con el debido proceso -*prima facie*- no es compensable.

En el caso Tecmed vs. México se señaló:

[...] El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta, con el fin de determinar si pueden ser caracterizadas como expropiatorias, si las acciones o medidas son proporcionales a la

²³⁹ TBI suscrito entre Bélgica/Luxemburgo y Colombia, 2009, Artículo IX (3) (c).

²⁴⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, Chapter II.

²⁴¹ Fondo de Bombero vs. México, julio 17 de 2006, párr. 176.

interés público presuntamente protegida por la misma y a la protección legal concedida a las inversiones, teniendo en cuenta que la importancia del impacto tiene un papel clave al decidir la proporcionalidad. [...] Debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre la carga o el peso impuesto para el inversionista extranjero y el objetivo que se pretende alcanzar por cualquier medida expropiatoria.²⁴²

Se utilizó el principio de proporcionalidad, para analizar la existencia o no de expropiación indirecta; en mi criterio no se debe utilizar el principio de proporcionalidad en temas como el de las inversiones. Por cuanto, en el fondo se están inmiscuyendo en decisiones gubernamentales. ¿Qué puede saber un tribunal sobre las prioridades de un Estado, para declarar bienes o inversiones como de utilidad pública?. Este principio se utiliza, básicamente en colisión de principios de aplicación de derechos, que tienen una lógica distinta.

Dicho todo esto, ¿cómo puede una medida tributaria ser considerada como una expropiación indirecta?. En estricto sentido una medida tributaria no puede ser considerada como expropiatoria, así se cumpla con los requisitos arriba señalados; por el simple hecho de que las regulaciones tributarias, son parte del poder de policía de un Estado, entendiéndose por este, la facultad que tienen los Estados para reglamentar - limitar- el alcance de los derechos, por motivos de interés general, que de conformidad con los Estados actuales superan los ámbitos del bienestar general, la vida en comunidad, para regular temas de conveniencia económica. Obviamente, considerando que las mismas –medidas tributarias- se toman con las garantías del caso. No nos olvidemos que los tributos sirven para un doble propósito, la obtención de recursos públicos para financiar el gasto público y como instrumentos de política económica.²⁴³ Son expresión de la soberanía de un Estado y que no pueden ser objeto de consideraciones de un tribunal arbitral de inversiones.

Los tributos no pueden ser considerados como expropiatorios, los tributos pueden ser considerados como violatorios del principio de no confiscatoriedad. Pienso que no resulta técnico hablar de medida expropiatoria de carácter tributario ya que, la expropiación es un instrumento perfectamente delimitado en nuestro país respetuoso del derecho de propiedad privada, que en definitiva implica un cambio en la composición efectiva del patrimonio particular, da lugar a un intercambio forzoso de bienes entre quién es expropiado y la entidad expropiante, mientras que con el tributo,

²⁴² Caso Teemec vs. México, mayo 29 de 2003, párr. 122.

²⁴³ José Vicente Troya, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 225.

no ocurre lo mismo, “pues se trata de una detracción unilateral coactiva llevada en el patrimonio del ciudadano a cabo por el Estado, en virtud del deber de contribuir según la capacidad económica del contribuyente”²⁴⁴ sin que ello conlleve una directa compensación ni un intercambio de bienes. Por lo cual, si atendemos al correcto significado de ambas instituciones jurídicas, resulta difícil de comprender que a través del cobro de un tributo puedan expropiarse bienes o derechos del contribuyente.

Si el cobro de un tributo o de un conjunto de tributos comporta el efecto de privar o despojar del derecho de propiedad al contribuyente, esta circunstancia patológica no debe ser vista como una expropiación, por cuanto habría un uso equivoco de conceptos jurídicos, dado el caso se debería acudir como lo ha hecho la doctrina y los ordenamientos jurídicos al concepto de confiscación, propiamente al efecto confiscatorio.²⁴⁵

El Estado reconoce que los tributos podrían tener el efecto práctico o indirecto indeseable de una confiscación, es decir, de una apropiación ilegítima por parte del fisco del patrimonio de los ciudadanos, cuando exceden de los límites de la razonabilidad de la exacción, por caer en desproporción entre las cargas impuestas y la capacidad económica del contribuyente.²⁴⁶

En síntesis, en palabras de Gustavo J. Naveira de Casanova, “con todas sus características, la expropiación implica un cambio en la composición efectiva del patrimonio del particular, mas no en su consideración económica”²⁴⁷, mientras que cuando hablamos de un cambio en la composición del patrimonio particular en su consideración económica originado por los tributos, se debe acudir al efecto confiscatorio de los mismos.

El caso *Occidental Petroleum Company* -en adelante OEPC- vs. Ecuador (2004), es interesante bajo la perspectiva en estudio. La OEPC solicitó al Servicio de Rentas Internas –SRI- el reintegro del IVA pagado por ella en las adquisiciones necesarias para explorar y producir petróleo, el que era exportado. El SRI hacía caso a esos pedidos y reintegraba los valores reclamados. Desde el 2001, el SRI dejó de hacerlo y se negó a seguir reintegrando los valores reclamados, considerando que ellos ya habían sido contemplados en la retribución que recibía OEPC en el contrato

²⁴⁴ Gabriel Ruan Santos, *Medidas Tributarias Expropiatorias*, art. cit., p. 430.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 431-432.

²⁴⁷ Gustavo Naveira de Casanova, *Las llamadas “Medidas...”, art. cit., p. 299.*

celebrado con el Estado –Petroecuador-, por ende requirió la devolución de los reintegros que anteriormente habían sido pagados.

OEPC ante ello, presentó cuatro demandas ante los tribunales de nuestro país y, al mismo tiempo denunció la conducta del Estado ecuatoriano por ser violatoria del TBI suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos de América. El tribunal de ese caso, ordenó al Ecuador reintegrar los valores de manera rápida y, reconoció que OEPC estaba facultada para el cobro de los reintegros. El tribunal dijo: “los impuestos pueden tener como resultado la expropiación al igual que otros tipos de medidas reglamentarias.”²⁴⁸

En el caso EnCana vs. Ecuador, que tiene básicamente los mismos antecedentes del caso comentado arriba; el tribunal arbitral decidió que el derecho a la devolución del IVA es una inversión y, como tal susceptible de ser expropiada.

Con estos casos se evidencia la forma como han sido utilizados los TBIs, como normas de cobertura para ser aplicadas sobre medidas tributarias, las cuales corresponden a los poderes de policía de un Estado, que no implican expropiación y, además se evidencia como se pretende cambiar la categoría a algo que en la doctrina al menos esta claro y, es que al hablar de tributos, medidas tributarias, hablamos de confiscatoriedad.

No se puede dejar de realizar críticas a estos dos últimos casos señalados, el considerar que la no devolución de un rubro pagado por impuestos puede constituir una inversión, parece algo bastante forzado, en mi criterio la inversión debe ser vista como un todo, no puede estar segmentada. Por otro lado, volviendo sobre algo ya dicho para ser sometidas a arbitraje las medidas tributarias, requieren de una norma expresa que las habilite; no se puede decir, que al ser equivalentes a la expropiación – a pesar que no son equivalentes- pueden ser objeto de arbitrajes de inversiones, la materia tributaria es autónoma e independiente.

Entonces, ésta llamada figura tributaria expropiatoria, no es más que una creación que han realizado los tribunales arbitrales de inversiones para proteger a los inversores extranjeros frente a la toma de medidas tributarias por los Estados, medidas que en estricto rigor pertenecen a los poderes de policía de los Estados.

No nos olvidemos que los tributos sirven para un doble propósito, la obtención de recursos públicos para financiar el gasto público y como instrumentos de

²⁴⁸Caso Occidental vs. Ecuador, julio 1 de 2004, párr. 85.

política económica.²⁴⁹ Son expresión de la soberanía de un Estado y que no pueden ser objeto de consideraciones de un tribunal arbitral de inversiones.

3.2.1. Referencia a casos vividos por los Estados Unidos de México

Los Estados Unidos de México, es uno de los países con mayor número de reclamaciones amparadas por Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, junto con: Argentina, Venezuela y Ecuador. El cuadro que sigue indica el número de reclamaciones que cada país ha enfrentado:

Cuadro No. 5.- Reclamaciones en base a TBIs a nivel mundial

País	Casos
1 Argentina	51
2 Venezuela	25
3 Ecuador	23
4 Mexico	19
5 Czech Republic	18
6 Canada	17
7 Egypt	14
8 Poland	14
9 Ukraine	14
10 United States	14
11 Kazakhstan	11
12 India	10
13 Bolivia	9
14 Russian Federation	9
15 Slovakia	9
16 Turkey	9
17 Romania	8
18 Georgia	7
19 Hungary	7
20 Moldova, Republic of	7
21 Peru	7
22 Jordan	5
23 Turkmenistan	5
24 Albania	4
25 Congo, Democratic Republic of	4
26 Costa Rica	4
27 Mongolia	4
28 Pakistan	4
29 Philippines	4
30 Algeria	3
31 Belize	3
32 Chile	3

²⁴⁹ José Vicente Troya, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 225.

33	El Salvador	3
34	Estonia	3
35	Germany	3
36	Guatemala	3
37	Kyrgyzstan	3
38	Lebanon	3
39	Lithuania	3
40	Paraguay	3
41	Sri Lanka	3
42	Uzbekistan	3
43	Vietnam	3
44	Zimbabwe	3
45	Armenia	2
46	Azerbaijan	2
47	Bangladesh	2
48	Bulgaria	2
49	Burundi	2
50	Croatia	2
51	Dominican Republic	2
52	Ghana	2
53	Indonesia	2
54	Latvia	2
55	Macedonia, TFYR	2
56	Malaysia	2
57	Morocco	2
58	Slovenia	2
59	Tanzania, United Republic of	2
60	United Arab Emirates	2
61	Yemen	2
62	Australia	1
63	Bosnia and Herzegovina	1
64	Cambodia	1
65	China	1
66	Ethiopia	1
67	France and United Kingdom	1
68	Gabon	1
69	Grenada	1
70	Guyana	1
71	Iran, Islamic Republic of	1
72	Myanmar	1
73	Nicaragua	1
74	Nigeria	1
75	Oman	1
76	Panama	1
77	Portugal	1
78	Saudi Arabia	1
79	Senegal	1
80	Serbia	1
81	Serbia-Montenegro	1
82	South Africa	1
83	Spain	1
84	Tajikistan	1
85	Thailand	1
86	Trinidad and Tobago	1
87	Tunisia	1

88	United Kingdom	1
89	Uruguay	1
90	Unknown	7
	Total	450

Fuente: UNCTAD²⁵⁰

México ha tenido algunos casos significativos, con respecto al tema en estudio, varios de ellos han sido mencionados en otras partes de este trabajo, casos que han ayudado a delimitar el concepto de la expropiación indirecta. Así tenemos uno muy representativo como el de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México²⁵¹, en el que el tribunal arbitral definió lo que se entiende por equivalente a expropiación y por la el tipo expropiación indirecta progresiva:

Generalmente, se entiende que la expresión « [...] equivalente a la expropiación... » o «*tantamount to expropriation*» que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada « expropiación indirecta » o «*creeping* », así como a la expropiación *de facto* aludida más arriba¹²⁶. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente – en ese sentido el término *creeping* alude a un sólo tipo de expropiación indirecta – y puede manifestarse a través de un sólo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación *de facto*, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de « expropiación indirecta », y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente.²⁵²

Otro caso representativo es el de *Metalclad Corporation vs. México*²⁵³, en el cual, el gobierno de México le había asegurado a la compañía demandante que su proyecto para la construcción de un relleno sanitario había cumplido con todos los requisitos ambientales; pero, las autoridades locales negaron el permiso de

²⁵⁰United Nations Conference on Trade and Development, Latest developments in Investor-State dispute settlement, IIA Issue Note, April 2012.

²⁵¹ Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

²⁵² Véase caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003. Punto 114. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>.

²⁵³ Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

construcción correspondiente y posteriormente declararon como reserva natural el lugar en el cual se iba a construir el relleno. El tribunal arbitral en este caso, se refiere a la privación al propietario de manera total o parcial, del uso o beneficio económico de la inversión.²⁵⁴

En el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México*²⁵⁵, el tribunal arbitral señaló que la expropiación indirecta puede configurarse a través de una serie de actos o medidas, y que la única forma para establecer que dichos actos o medidas son expropiatorias, es a través es un examen de las circunstancias propias de cada caso.

En el caso *Feldman vs. México*²⁵⁶, se resolvió una disputa sobre la aplicación de algunas leyes de impuestos de los Estados Unidos Mexicanos a la exportación de productos tabacaleros por la Corporación de Exportaciones Mexicanas S.A., controlada y de propiedad del señor Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano norteamericano.²⁵⁷ El demandante en este caso argumentó que el rechazo continuado de la devolución de los impuestos internos al consumo aplicados a los cigarrillos, constituía una violación de las obligaciones de México a las reglas de expropiación contenidas en el NAFTA. En ese sentido el tribunal arbitral realizó algunas consideraciones sobre si las medidas tributarias tomadas por México efectivamente constituían medidas expropiatorias y, si forzaron al demandante a salir del mercado de las exportaciones de cigarrillos. Según el tribunal, el poder regulatorio del Estado en materia tributario no está limitado, cuando las medidas hayan sido tomadas de buena fe y no resultan discriminatorias ni generan responsabilidad para el Estado en materia de expropiación:

Por su propia naturaleza, las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación y tienen tal efecto, serán indirectas y tendrán un efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación” según los términos del Artículo 1110(1); y, se encuentra subsumida en dichos términos. El Demandante ha alegado “expropiación progresiva”. El Demandado ha objetado que el Demandante no ha hecho, en realidad, sino agregar un nuevo elemento al caso que, entre otras cosas, debiera haber sido presentado a consideración de las autoridades competentes de conformidad con el Artículo 2103(6) para que determinaran si debía ser excluido

²⁵⁴ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de...*, art. cit., p. 273.

²⁵⁵ Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

²⁵⁶ Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 (NAFTA).

²⁵⁷ Adrián Rodríguez Piedrahita, *El concepto de...*, art. cit., 275.

de la definición de expropiación. El Restatement define a la “expropiación progresiva”, en parte, como a un Estado que busca “lograr el mismo resultado [que el de una confiscación propiamente dicha] por medio de medidas fiscales y regulatorias concebidas con el fin de que la ejecución permanente de un proyecto resulte antieconómica y sea abandonado” (Restatement, Sección 712, Nota 7 del Reporter). Dado que el Tribunal es de la opinión de que la expropiación progresiva, según la define el Restatement antes mencionada, es una forma de expropiación indirecta y puede, por lo tanto, constituir medidas “equivalentes a la expropiación”, el Tribunal incluye la expropiación progresiva en su consideración conjuntamente con estos otros términos estrechamente vinculados. En última instancia, las decisiones acerca de cuándo las medidas regulatorias se tornan indemnizables conforme al Artículo 1110 y a disposiciones similares en otros acuerdos se toman, al parecer, sobre la base de los hechos presentados en casos específicos. Este Tribunal debe, necesariamente, adoptar el mismo criterio. El Tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia (ver infra, par. 105). Trazar una línea divisoria entre la expropiación y la actividad regulatoria ha sido una tarea difícil, tanto en el período anterior al TLCAN como para los pocos tribunales arbitrales que hasta ahora se han conformado en los términos del Capítulo XI del TLCAN que han debido considerar esta cuestión. Aquí también, a pesar del lenguaje menos específico y la falta de referencias a la expresión “equivalente a la expropiación,” el Restatement resulta de cierta ayuda, especialmente los comentarios, para entender el derecho internacional consuetudinario en este punto. En su parte pertinente, la Sección 712 reza lo siguiente: “Conforme al derecho internacional, un Estado es responsable por daños derivados de: (1) la confiscación, por parte del Estado, de los bienes de un ciudadano de otro Estado que (a) no sea por causa de utilidad pública, o (b) sea discriminatoria, o (c) no esté acompañada por una justa indemnización.” Mientras que esta redacción difiere considerablemente de la redacción del Artículo 1110, contiene muchos de sus elementos esenciales, particularmente el concepto de la confiscación y las condiciones. Los “comentarios” del Restatement tienen la intención de ayudar a determinar, inter alia, cómo distinguir entre una expropiación indirecta y una reglamentación gubernamental válida: ‘Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado... *Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios...*’ (Restatement, Sección 712, comentario g, el énfasis es nuestro.) Es notable que el comentario del Restatement incluya específicamente los “impuestos” como una posible medida expropiatoria y atribuya responsabilidad al Estado, entre otras cosas, cuando interfiere arbitrariamente con la propiedad de un

extranjero. Al mismo tiempo, los impuestos establecidos de buena fe y no discriminatorios no crean responsabilidad. Las Notas del Reporter al Restatement dan a entender, además, que “el hecho de que un acto estatal constituya una confiscación y exija indemnización conforme al derecho internacional, o sea un impuesto o reglamentación dentro del poder de policía que no de lugar a una obligación de indemnizar, incluso si un ciudadano extranjero sufre una pérdida como consecuencia de ello” debe determinarse a la luz de todas las circunstancias del caso (Restatement, Sección 712, Nota 5 del Reporter).

3.2.2. Referencia a casos vividos por la República de Argentina

Como se pudo observar de la lista señalada en el punto anterior, Argentina ha sido el país que más reclamaciones amparada en TBIs ha enfrentado, muchas de las cuales han tenido como fondo una expropiación indirecta; con base en ello, a continuación se mencionarán algunos casos, estimo los más importantes, con respecto a la temática en estudio.

En el caso *Suez vs. Argentina*, el tribunal analizó si las medidas tomadas por ese país durante la crisis económica a principios de este siglo, constituyeron una expropiación indirecta:

En caso de una expropiación indirecta, a veces llamada como una “expropiación regulatoria”, los Estados de acogida invocan su legislación y las facultades de reglamentación para adoptar medidas que reducen los beneficios a los inversores derivados de sus inversiones, pero sin que en realidad se cambie o cancele el título de los inversores de propietarios de las inversiones.²⁵⁸

Una pregunta difícil que ha sido respondida por casos, en los cuales Argentina ha sido demandada, es si una parte específica de la inversión puede ser expropiada, al respecto el Tribunal del caso *Enron vs. Argentina* señaló: “una inversión es de hecho un proceso complejo que incluye varias disposiciones, tales como contratos, licencias y otros acuerdos que conducen a la materialización de dicha inversión [...]”²⁵⁹; es decir, una inversión constituye una compleja combinación de

²⁵⁸ Caso *Suez vs. Argentina*, julio 30 de 2010, párr 121. La traducción es mía. Versión original: “In case of an indirect expropriation, sometimes referred to as a ‘regulatory taking,’ host States invoke their legislative and regulatory powers to enact measures that reduce the benefits investors derive from their investments but without actually changing or cancelling investors’ legal title to their assets or diminishing their control over them.”

²⁵⁹ Caso *Enron vs. Argentina*, enero 14 de 2004, párr 70. La traducción es mía. Versión original: “[...] an investment is indeed a complex process including various arrangements, such as contracts, licences

derechos, intereses, bienes con un solo propósito y funcionalidad, un indivisible “todo”.²⁶⁰ Es así que el derecho a la devolución del IVA pagado, no puede ser visto como una inversión susceptible de ser expropiada, pese a lo dicho por el Tribunal del caso Encana vs. Ecuador y el Tribunal del caso OEPC vs. Ecuador.

Otra pregunta difícil en este ámbito, que ha sido afrontada por casos en los que ha Argentina ha sido demandada, es si los derechos contractuales pueden ser expropiados. En el caso Siemens vs. Argentina se dijo: “[...] para que el comportamiento del Estado como parte de un contrato pueda ser considerada una violación de un tratado de inversión, este comportamiento debe ir más allá del que una parte ordinaria podría adoptar e involucrar una interferencia del Estado con la operación del contrato [...]”²⁶¹. En el caso LG & E vs. Argentina se señaló que: “[...]los tribunales han hecho una distinción entre *acta iure imperi* y *acta iure gestionis*, es decir, las acciones de un Estado en ejercicio de sus poderes soberanos y acciones de un Estado como parte contratante. Es el uso por un Estado de sus poderes soberanos el que da lugar a la violación de tratados, mientras que acciones como parte contratante sólo darán lugar a reclamaciones contractuales no normalmente cubiertas por un tratado de inversión.”²⁶²

Otro caso importante para los efectos de esta trabajo es del de LG&E vs. Argentina, en el que el tribunal, rechazando la doctrina de “*sole effects*” dijo: “La pregunta sigue siendo si sólo se debe tomar en cuenta los efectos producidos por la medida, o si se debe considerar también el contexto en el que una medida fue adoptada y el fin del Estado de acogida. Es opinión de este Tribunal de que debe haber un equilibrio en la análisis tanto de las causas y los efectos de una medida para que uno pueda calificar una medida como de un naturaleza expropiatoria.”²⁶³

and other agreements leading to the materialization of such investment [...]”

²⁶⁰United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, p. 22,23

²⁶¹ Caso Siemens vs. Argentina, febrero 06 de 2007, párr. 348. La traducción es mía. Versión original: “[...] for the behaviour of the State as party to a contract to be considered a breach of an investment treaty, such behaviour must be beyond that which an ordinary contracting party could adopt and involve State interference with the operation of the contract [...]”.

²⁶² Caso Suez vs. Argentina, julio 30 de 2012. La traducción es mía. Versión original: “tribunals have made a distinction between *acta iure imperi* and *acta iure gestionis*, that is to say, actions by a State in exercise of its sovereign powers and actions of a State as a contracting party. It is the use by a State of its sovereign powers that gives rise to treaty breaches, while actions as a contracting party merely give rise to contract claims not ordinarily covered by an investment treaty.”

²⁶³ Caso LG&E vs. Argentina, octubre 3 de 2006, párr. 189-194. La traducción es mía. Versión original: “The question remains as to whether one should only take into account the effects produced by the measure or if one should consider also the context within which a measure was adopted and the host State’s purpose. It is this Tribunal’s opinion that there must be a balance in the analysis both of the causes and the effects of a measure in order that one may qualify a measure as being of an

Con respecto al efecto que debe existir para que una medida de un Estado pueda ser considerada expropiatoria con un inversionista, el tribunal del caso CMS vs. Argentina²⁶⁴ señaló que no basta con una disminución significativa del valor de la inversión, si se conserva el control completo de la propiedad. En el mismo sentido se ha pronunciado el tribunal de Azuriz vs. Argentina²⁶⁵.

La referencia a estos dos países permite entender de mejor manera el concepto de expropiación indirecta en el ámbito de las inversiones y, permite ver como no solo nuestro país se ha enfrentado a estos casos.

3.3. Lineamientos de políticas públicas

El Estado ecuatoriano en los últimos años ha adoptado medidas para alejarse de la práctica del arbitraje, particularmente del originado en los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. Lo que ha implicado el alejamiento de nuestro Estado de los referidos instrumentos internacionales.

El Estado ecuatoriano en diciembre 2007, notificó al *CIADI* que de conformidad con el artículo 25 (4) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –*CIADI*–, no “consentirá en someter a (su) jurisdicción las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como el petróleo, gas, minerales u otros.” Adicionalmente se señaló: “Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha.”²⁶⁶

En octubre 20 de 2008, se promulgó la Constitución del Ecuador, en la que se limitó la posibilidad de pactar nuevos tratados internacionales en los que se prevea que las disputas contractuales o comerciales entre el Estado y personas privadas se

expropriatory nature.”

²⁶⁴ Caso CMS vs. Argentina, mayo 12 de 2005.

²⁶⁵ Caso Azurix vs. Argentina, julio 14 de 2006.

²⁶⁶ Notificación de Ecuador al CIADI del 4 de diciembre de 2007. Disponible es: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsRelases.jsp>.

sometan a instancias de arbitraje internacional, salvo que las instancias sean regionales.²⁶⁷

En julio 2 de 2009, el Presidente de la República del Ecuador, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823, con el cuál denunció y declaró terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –*CIADI*-, derogando así, el Decreto Ejecutivo No. 1417-B de abril 6 de 2001, mediante el cual el Convenio *CIADI* había sido suscrito. Convirtiéndose en el segundo país en separarse del precitado Convenio, después de Bolivia, Venezuela ha sido el tercer país en separarse del Convenio *CIADI*.

Posteriormente en diciembre 29 de 2010, se publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 351, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el que en su libro segundo habla sobre el desarrollo de la inversión productiva y de sus instrumentos, concretamente en el título primero habla sobre “el fomento, promoción y regulación de las inversiones productivas”. En este, se establecen normas muy similares a la de los TBIs pero dentro del ámbito nacional; se define lo que se debe entender por inversión, incentivos, resolución de conflictos, estableciéndose expresamente que no se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.²⁶⁸

²⁶⁷ Artículo 422 de la Constitución: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

²⁶⁸ Artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones: En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes. Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.

En base ello, los últimos contratos celebrados para la exploración y explotación de petróleo, en nuestro país, se rigen por las normas del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, estableciendo el arbitraje como método de solución de controversias, con excepción de los asuntos tributarios, a dos foros dependiendo del monto de la reclamación, uno nacional y otro con sede en Chile.²⁶⁹

Por otro lado, la Asamblea Nacional ha denunciado varios TBIs suscritos por el Ecuador, por solicitud efectuada por el Ejecutivo: Alemania, Reino Unido-Irlanda del Norte, Finlandia, entre otros;²⁷⁰ teniendo como antecedente, la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos artículos de cada uno de los TBIs por parte de la Corte Constitucional para el período de transición.

Al respecto, debo expresar en las siguientes líneas mi opinión respecto de la actuación de la Corte Constitucional para el período de transición.

Nuestra Constitución en su artículo 436 establece cuales son las atribuciones de la Corte Constitucional, en total se establecen 10, sin mencionar en ninguna de ellas la facultad para pronunciarse sobre la denuncia de Tratados Internacionales. El artículo 438 *ibídem*, establece que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en 3 casos.²⁷¹ El primer caso del artículo 438, ha sido utilizado como parte del fundamento de la Corte Constitucional en transición, para declararse competente para emitir un dictamen previo de constitucionalidad respecto a la denuncia de algunos TBIs de los cuales el Ecuador es parte.²⁷² El artículo 429 de la Constitución también ha servido a la Corte Constitucional como fundamento en

²⁶⁹ Véase cláusula 33 del Contrato modificatorio al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, en el bloque 10 de la región amazónica ecuatoriana, disponible en:

http://www.mrnrr.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=1022&Itemid=132&lang=es

²⁷⁰ En: http://www.aebe.com.ec/data/files/noticias/Noticias2010/Denuncias_Tratados_Protección

²⁷¹ Art. 438.-La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

²⁷² Véase Casos Nos.: 0001-10-TI, 0002-10-TI, 0003-10-TI, 0004-10-TI, 0005-10-TI, 0006-10-TI, 0007-10-TI, 0008-10-TI, 0010-10-TI, 0011-10-TI, 0012-10-TI, 0013-10-TI.

algunos de estos casos, en el sentido de que es el máximo órgano de interpretación constitucional.²⁷³

El artículo 438 de la Constitución en su primer numeral, señala: “tratados internacionales previamente a su ratificación por parte de la asamblea Nacional”, es aquí donde surge una primera duda, si este artículo se refiere a ratificación, por qué la Corte lo utiliza para fundamentar su competencia sobre decisiones que versan primero sobre la constitucionalidad o no de estos TBIs, que ya fueron ratificados antes de la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución y, que posteriormente deben ser denunciados por el poder legislativo.

Desde el 22 de octubre de 2009 existe en nuestro ordenamiento la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su artículo 75 establece las competencias de la Corte Constitucional para poder ejercer el control abstracto de constitucional, se establecen en total en este artículo nueve numerales.

El numeral 3 literal d) del artículo 75 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sirve también como fundamento a la Corte para establecer su competencia respecto del análisis constitucional de estos TBIs. Este artículo señala: “3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos: (...) d) Tratados Internacionales (...)”. No se especifica, si se refiere a la ratificación, denuncia, modificación; se pensaría que se refiere a todas ellas. Ni en ese numeral ni en ninguno otro del artículo 75 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se habla de un dictamen previo de constitucionalidad para proceder a la denuncia de un Tratado Internacional expresamente.

Sin perjuicio de lo señalado, para la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos artículos de los TBIs, la Corte dentro de su fundamentación menciona el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa,²⁷⁴ en el que se encuentra

²⁷³ Casos Nos.:0002-10-TI, 0004-10-TI, 0004-10-TI, 0005-10-TI, 0006-10-TI, 0007-10-TI, 0008-10-TI, 0010-10-TI, 0011-10-TI, 0012-10-TI, 0013-10-TI.

²⁷⁴ Art. 108.- Tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites;
2. Establezcan alianzas políticas o militares;
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y,

una manifestación expresa a “denuncia de tratado”, y la necesidad de un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Pero como ya se revisó arriba ni la Constitución ni la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la Ley que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional, atribuyen la facultad a la Corte Constitucional de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de la denuncia de Tratados Internacionales.

El 10 de febrero de 2010, se publica en el Registro Oficial el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el que en su artículo 71²⁷⁵ numeral 3, parecería solucionarse la falta de atribución de la Corte Constitucional, para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de la denuncia de tratados internacionales²⁷⁶. Lo que evidencia que la competencia de la Corte Constitucional para el asunto en referencia, fue asumida a través de una disposición contenida en un reglamento, lo que por decir lo menos,

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen.

En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno.

La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

²⁷⁵Art. 71.- Para el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, la Corte Constitucional procederá de la siguiente forma:

1. Emitirá dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa, para lo cual, el Pleno designará por sorteo el Juez Ponente, quien presentará informe, dentro del término de cinco días, establecerá si el tratado internacional requiere o no aprobación legislativa, no se publicará el tratado internacional en el Registro Oficial y el Pleno dispondrá su devolución a la Presidencia de la República, para el trámite correspondiente.

2. En el caso de requerir a probación legislativa, la Corte Constitucional efectuará el control automático, mediante dictamen, para lo cual, el Pleno de la Corte dispondrá la publicación del tratado internacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y remitirá el expediente al juez ponente designado, quien presentará el proyecto de dictamen para conocimiento y resolución del Pleno, dentro del término de quince días contados a partir de la finalización del término de diez días de la publicación en el Registro Oficial.

3. El control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se sujetará a lo dispuesto en el numeral anterior. (...)

²⁷⁶ Este artículo fue utilizado como argumento para dar competencia a la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de los TBIs.

evidencia una “crisis de legitimidad en cuanto al ámbito competencia para asumir este control.”²⁷⁷

A parte de ello, la Constitución en su Título VIII, Capítulo II habla sobre los Tratados e Instrumentos Internacionales, determinándose en el artículo 419 que la ratificación o denuncia de tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea. Habiendo la Corte Constitucional emitido un reglamento para subsanar la falta de atribución para pronunciarse en dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de la denuncia de tratados internacionales, cuando emite sus dictámenes, cae en una manera de actuar desatinada, despreocupada por decir lo menos, ya que no se pone de acuerdo en cuál de los casos que establece el artículo 419 de la Constitución, va a encasillar los dictámenes, en unos lo encasilla en el número 5, otros el número 6, y a otros en el número 7.²⁷⁸

Lo señalado, denota la despreocupación existente en la Corte Constitucional, por cuanto, si se procede a realizar el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los TBIs, se lo ha de hacer bajo un mismo criterio jurídico, bajo una misma dirección, bajo una misma norma en este caso. Es inaudito que en unos casos se diga que se compromete la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales (artículo 419, número 5 de la Constitución), mientras que por otro lado se dice, que se compromete al país en acuerdos de integración y de comercio (artículo 419, número 6 de la Constitución), y en otros, se proclame que se atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (artículo 419, número 7 de la Constitución). En términos generales, los TBIs están orientados a lo mismo, y establecen los mismos mecanismos de solución de controversias.

Todos los dictámenes previos y vinculantes de constitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional, respecto de la denuncia de los TBIs, han declarado la no

²⁷⁷ Christian Masapanta Gallegos, “Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (Caso No. 0006-10-TI)”, en *Foro No. 17 Revista de Derecho*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2012, p. 146.

²⁷⁸ Denuncia los Tratados de: Finlandia, Suecia, Países Bajos, Francia, Alemania, Venezuela, Estados Unidos; bajo el número 6 del artículo 419 de la Constitución de la República del Ecuador.

Denuncia los Tratados de: Reino Unido, Chile; bajo el número 7 del artículo 419 de la Constitución de la República del Ecuador.

Denuncia el Tratado de Canadá bajo el número 5 del artículo del artículo 419 de la Constitución de la República del Ecuador.

conformidad de los artículos de los TBIs que establecen los métodos de solución de solución de controversias con la Constitución, concretamente con el artículo 422 de la Constitución, mismo que establece:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

El artículo de la Constitución señalado arriba, a parte de su imprecisión y falta de técnica jurídica, sirvió de fundamento para que la República de Ecuador denuncie el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones - CIADI en español, ICSID en inglés-²⁷⁹. Decisión a mi gusto de tinte político, más no jurídico, por cuanto los arbitrajes emprendidos por el CIADI, no parece involucrar controversias comerciales o contractuales sino controversias de Inversiones -Arbitraje de Inversiones-.

Tenemos que tener presente que los artículos de los TBIs que establecen métodos alternativos de solución de controversias, hablan primero de negociaciones, y sólo si es que estas no fueren posibles o no fueren exitosas, se habla de arbitraje internacional. El artículo 422 de la Constitución, hace una limitación clara cuando se refiere exclusivamente a “las controversias comerciales y controversias contractuales”, pero las controversias que son llevadas por arbitraje internacional (arbitraje de las inversiones, que es el que está estipulado en los TBIs), no trata de controversias contractuales, comerciales, trata de controversias de inversiones. Denoto en este punto una confusión de términos por parte de la Corte Constitucional, y es que no es lo mismo “inversión” que “comercio”. El término comercio en términos generales, es el intercambio de bienes o servicios, procurando la obtención de beneficios económicos.

²⁷⁹ Decreto Ejecutivo No. 1823 del 02 de julio de 2009.

La Asamblea no procedió a la denuncia de todos los TBIs, cuyos artículos respecto del arbitraje internacional fueron declarados inconstitucionales, algunos solo han quedado con tal declaratoria. De conformidad con la Convención de Viena sobre los Tratados, un tratado internacional no puede ser denunciado por un solo artículo, sino en su integralidad.

En el cuadro que sigue a continuación, consta un detalle del estado actual de cada uno de los TBIs suscritos por el Ecuador:

Cuadro No. 6.- TBIs suscritos por la República del Ecuador

	TRATADO	CELEBRACIÓN	ENTRADA EN VIGENCIA	ESTADO ACTUAL DEL TRATADO	ACTUACIONES MÁS RELEVANTES REALIZADAS
1	Alemania	21 de marzo de 1996	12 de febrero de 1999	A la espera del Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República denuncie el Tratado, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración pueda enviar la Carta de Denuncia al Órgano del Gobierno Alemán Encargado.	1.- Dictamen de constitucionalidad la Corte Constitucional sobre el Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital. 2.- Resolución de la Asamblea Nacional, por la cual se aprueba la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, publicado en el Registro Oficial 294 de 6 de Octubre de 2010.
2	Argentina	18 de febrero de 1995	1 de diciembre de 1995	No ha sido remitido a la Asamblea para que se pronuncie sobre la denuncia.	1.- Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Tratado entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Argentina sobre el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, se requiere aprobación previa de la

					Asamblea.
3	Bolivia	25 de mayo de 1995	15 de agosto de 1997	Vigente	1.- Codificación del Tratado.
4	Canadá	29 de abril de 1996	6 de junio de 1997	A la espera de que el Pleno de la Asamblea apruebe el informe de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral.	1.- Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíprocas de Inversiones. 2 - Informe sobre solicitud del Presidente de de República de aprobar la Denuncia del Tratado entre Ecuador y Canadá sobre Inversiones con fecha 22 de junio de 2011.
5	Chile	27 de octubre de 1993	15 de septiembre de 1995	Asamblea Nacional no aprobó la denuncia del Tratado en la Sesión Ordinaria 108 de 02 de Mayo de 2011.	1. - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Tratado entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 2 - Informe sobre solicitud Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 25 de mayo de 2011.
6	China	21 de marzo de 1994	1 de julio de 1997	Asamblea Nacional no aprobó la solicitud del Presidente de la República de denunciar el Tratado en la Sesión Ordinaria 0066 de 19 de octubre de 2010.	1 - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Tratado entre la el Gobierno de la República del Ecuador y El Gobierno de la República Popular de China sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones.

					2 - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Tratado entre la el Gobierno de la República del Ecuador y El Gobierno de la República Popular de China sobre Fomento y Protección Recíproco de Inversiones con fecha 14 de Octubre de 2010.
7	Costa Rica	6 de diciembre de 2001	31 de julio de 2006	No vigente	1.- Codificación del Convenio entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
8	Cuba	6 de mayo de 1997	1 de junio de 1998	No vigente	1.- Codificación del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 2.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la embajada de la República de Cuba la denuncia del tratado.
9	El Salvador	16 de mayo de 1994	14 de enero de 1996	No vigente	1.- Codificación del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. 2.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Honorable Embajada de la República de El Salvador la denuncia del tratado.
10	España	26 de junio 1996	18 de junio de 1997	Vigente	1.- Codificación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de España.

11	Estados Unidos	27 de agosto de 1993	22 de abril de 1997	Presidencia ha presentado la solicitud a la Asamblea Nacional para que denuncia el Tratado.	1.- Dictamen de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el Registro Oficial 359 de 10 de Enero de 2011.
12	Finlandia	18 de abril de 2001	16 de diciembre de 2001	No vigente - El Tratado ya fue denunciado y, se envió la Carta correspondiente al Gobierno de la República de Finlandia en la que se le comunica la denuncia.	<p>1 - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.</p> <p>2. - Informe sobre solicitud de Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 18 de octubre de 2010.</p> <p>3.- Resolución de la Asamblea Nacional por la cual se aprueba la denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el Registro Oficial 335 de 7 de Diciembre de 2010.</p> <p>4.- Decreto Ejecutivo que denuncia Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el Registro Oficial 345 de 21</p>

					de Diciembre de 2010.
					5.- Reforma al Decreto Ejecutivo que denuncia Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el Registro Oficial 355 de 5 de Enero de 2011.
13	Francia	7 de septiembre de 1994	17 de junio de 1996	A la espera del Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República denuncie el Tratado, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración pueda enviar la Carta de Denuncia al Órgano del Gobierno Francés encargado	1. - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones.
					2. - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 15 de Febrero de 2011.
					3.- Resolución de la Asamblea Nacional por la cual se aprueba la denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 15 de marzo de 2011.
14	Guatemala	14 de agosto de 2002	25 de mayo de 2005	No vigente	1.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República de

					Guatemala la denuncia del tratado.
15	Honduras	26 de junio de 2000	17 de noviembre de 2006	No vigente	1.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República de Honduras la denuncia del tratado.
16	Italia	25 de octubre de 2001	4 de marzo de 2005	Vigente	1.- Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana sobre la Promoción y Protección de Inversiones
17	Nicaragua	2 de junio de 2000	...	No vigente	1.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República de Nicaragua la denuncia del tratado.
18	Países Bajos	27 de junio de 1999	1 de julio de 2001	Asamblea Nacional no aprobó la solicitud del Presidente de la República de denunciar el Tratado en la Sesión Ordinaria 094 de 10 de marzo de 2011	1. - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. 2 - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones con fecha 15 de Febrero de 2011.
19	Paraguay	28 de enero de 1994	18 de septiembre de 1995	No vigente	1.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República de Nicaragua con la denuncia del tratado.

20	Perú	7 de abril de 1999	9 de diciembre de 1999	Vigente	1.- Codificación del Convenio entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Perú para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones.
21	Reino Unido	10 de mayo de 1994	24 de agosto de 1995	A la espera del Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República denuncie el Tratado, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración pueda enviar la Carta de Denuncia al Órgano del Gobierno del Reino Unido encargado	1. - Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
					2. - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 10 de Agosto de 2010.
					3.- Resolución de la Asamblea Nacional por la cual se Aprueba la denuncia del Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el Registro oficial 294 de 6 de Octubre de 2010.
22	República Dominicana	26 de junio de 1998	21 de junio de 1999	No vigente	1.- Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República Dominicana la denuncia del tratado.
23	Rumania	21 de marzo de 1996	18 de julio de 1997	No vigente	1.- Codificación del Convenio entre la República del Ecuador y el Gobierno de Rumania para la Promoción y Protección

					Recíproca de Inversiones.
24	Rusia	25 de abril de 1996	...	No vigente	...
25	Suecia	1 de marzo de 2001	31 de mayo de 2001	A la espera del Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República denuncie el Tratado, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración pueda enviar la Carta de Denuncia al Órgano del Gobierno del Suecia encargado	1.- Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
					2. - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 15 de Febrero de 2011.
					3. Resolución de la Asamblea Nacional por la cual se aprueba la denuncia del Convenio entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 15 de Marzo de 2011.
26	Suiza	2 de mayo de 1968	9 de noviembre de 1969	A la espera de que el Pleno de la Asamblea apruebe el informe de la Comisión De Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales Y Seguridad Integral	1.- Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza relativo a la Protección y al Fomento de las Inversiones. 2 - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la Denuncia del Convenio Convenio entre la República

					del Ecuador y la Confederación Suiza relativo a la Protección y al Fomento de las Inversiones con fecha 15 de marzo de 2012.
27	Uruguay	31 de julio de 1985	31 de julio de 1985	No vigente	1. Ministerio de Relaciones Exteriores Ecuador, con Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 – comunica a la Embajada de la República del Uruguay denunciando el tratado.
28	Venezuela	18 de noviembre de 1993	1 de febrero de 1995	La Asamblea Nacional no aprobó la solicitud del Presidente de la República de denunciar el Tratado en la Sesión Ordinaria 107 de 31 de Mayo 2011	1.- Dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones 2 - Informe sobre solicitud del Presidente de la República de aprobar la denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con fecha 25 de Mayo de 2011

Cuadro elaborado con ayuda del Ab. Edgar Ulloa Balladares.

Con el Decreto Ejecutivo No. 1506 de 06 de mayo de 2013, el Presidente de la República creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje internacional en Materia de Inversiones, CAITISA. La que se:

(...) define como auditoría integral ciudadana la acción fiscalizadora con acompañamiento ciudadano dirigida a examinar y evaluar: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de esos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los

órganos jurisdiccionales que con parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencia e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades; (...)

Lo que evidencia la intención de realizar un estudio completo de los TBIs y de las controversias que se originaron con base en los mismos. Habrá que ver los resultados que dicha auditoria arroje con respecto a estos temas.

Por otro lado, se debe rescatar la normativa contenida en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, la cual recoge muchos de los principios que regulan la protección de las inversiones internacionales, como el trato justo y equitativo, el trato de nación más favorecida, la protección de la propiedad.

El artículo 27 del precitado cuerpo normativo prohíbe el sometimiento de los asuntos tributarios a arbitraje, limitación entiendo realizada únicamente para los contratos de inversión con inversionistas extranjeros. Lo cual, es rescatable en el sentido de que la materia tributaria es autónoma y requiere de una regulación específica y técnica –manteniendo mi posición pro arbitraje tributaria expresada en el primer capítulo de este trabajo-.

Observo por otro lado que en los últimos dos años ha existido en cambio, una tendencia a suscribir CDIs. Así recién se encuentra vigente el suscrito con Uruguay, en las próximas fechas estarán vigentes los negociados con China, Corea del Sur y Portugal, incrementando nuestra red de convenios tributarios, siguiendo los lineamientos mundiales.

CONCLUSIONES

La ausencia en el medio, de una investigación sobre el tema que se presenta es lo que motivo la el desarrollo de esta tesis. Era necesario, realizar una investigación de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones en el contexto de nuestro país y, sobre todo un análisis, lo admito con errores, sobre lo que se ha dado por llamar la figura de la medida tributaria expropiatoria, que como se evidencia no puede ser concebida de tal manera. Una vez, estimo, haber cumplido la tarea, presentó las siguientes conclusiones:

- Los TBIs puede hacernos pensar a primera vista que todos son similares, o que prácticamente son iguales, pero existen entre ellos diferencias sutiles, que conllevan consecuencias decisivas frente a un determinado caso. Si bien pueden observar modelos preestablecidos, son el resultado de negociaciones bilaterales, que buscan el mayor beneficio para los países suscriptores de los mismos.
- Los TBIs con el pasar del tiempo se han transformado en uno de los elementos centrales del Derecho Internacional Económico contemporáneo, por cuanto permiten obtener beneficios a los inversionistas de países exportadores de capitales, mayores seguridades respecto de sus inversiones y, al mismo tiempo permiten, a los países en desarrollo obtener los recursos de las inversiones directas.
- Las definiciones de las palabras “inversión” e “inversionista” son cruciales dentro de un Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de las

Inversiones, ya que solo quien tenga la calidad de Inversionista y haya realizado una Inversión según el TBI pertinente, puede hacer uso de las normas del tratado. Por ello, cada tratado suele dedicar un artículo entero, generalmente el primero a definir a través de una lista ejemplificativa -no taxativa-, el término inversión y el término inversionista.

- Considero que debe defenderse una noción única y objetiva de inversión, no es posible revestirla de múltiples sentidos dejando que los inversionistas puedan escoger qué sentido le dan a la misma, se debe buscar ante todo lograr seguridad jurídica, valor fundamental en todos los rincones del mundo, tanto para los inversores como para los países receptores de las inversiones. El que la definición de inversión dependa de quien va a resolver el conflicto, no parece ser del todo lógico.
- Los TBIs permiten que los inversores directamente administren por sí mismos los derechos allí consagrados, sin incluso el agotamiento de los remedios internos. Existe una relación inmediata entre el inversor y el acceso a una jurisdicción, sin necesidad de la diplomacia del Estado del cual se es nacional. En cuanto a las jurisdicciones disponibles para solucionar las disputas entre inversores y Estados, los TBIs varían, algunos permiten elegir entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, otros permiten una sola opción, otros permiten elegir entre distintos tipos de arbitraje internacional, como un arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI, de conformidad con las reglas CNUDMI y/o administrado por otras organizaciones como la CCI, etc.
- Si bien los TBIs pueden manejar dentro de sus normas algunas relativas a la materia tributaria, el objetivo del tratado no es el perseguido por un verdadero tratado tributario, como sería el caso del Convenio para evitar la Doble Imposición. No puede aceptarse que se establezca un arbitraje tributario internacional bajo el amparo de estos TBI, la materia tributaria es autónoma y requiere de una regulación especial. Doctrinariamente se ha considerado que el arbitraje en materia tributaria puede darse por cuanto no implica el rompimiento de los principios que la guían. No obstante ello, en nuestro país

se debe tener presente las normas que regulan la materia, así como las que hablan sobre el arbitraje tributario en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

- Las normas contenidas en los TBIs, Tratados de Libre Comercio, han sido consideradas actualmente como un “régimen global emergente” de inversiones, el que tiene varias debilidades. Por estar de acuerdo con Gustavo Prieto señalo las mismas que el destaca: i) falta de uniformidad en los principios sustantivos, ii) inexistencia de un solo organismo de interpretación, iii) solo se ha considerado el régimen de inversiones, dejando de lado los intereses del Estado receptor de las inversiones.²⁸⁰
- La expropiación y la confiscación, implican el despojo del derecho de propiedad que puede llegar a tener una persona, pero ambas tienen características que las vuelven peculiares y a su vez las diferencian una de la otra; siendo así, la mayor de ellas supone que en la expropiación existe una compensación por la extracción de la propiedad, mientras que, en la confiscación existe una extracción de la propiedad sin ninguna compensación.
- El principio de no confiscatoriedad ha sido explicado, se puede decir desde dos ópticas, la primera vinculando con el derecho de propiedad y, la segunda vinculándolo con otros principios como los de capacidad contributiva y el de progresividad. Respecto de la primera, se ve a este principio como uno delimitador de la justicia en el ámbito tributario, considerando a la propiedad privada como límite a los tributos impuestos por el Estado. Respecto de la segunda, por el principio de capacidad contributiva se trata de alcanzar un grado de justicia mayor, teniendo como techo la no confiscatoriedad; mientras que, por el principio de progresividad, se ha señalado que, el principio de no confiscatoriedad obliga a establecer un límite a la imposición progresiva; es así, que el principio de no confiscatoriedad actúa como una prohibición de que los tributos agoten la riqueza imponible con el pretexto de contribuir. El

²⁸⁰ Gustavo Prieto, *Evolución del Derecho...*, art. cit., p. 22.

legislador está obligado a establecer un hecho imponible respetando y garantizando la intangibilidad del capital.

- En cuanto a la existencia o no en nuestro país de un sistema tributario, me atrevo a decir que el mismo no existe, sino lo que en realidad existe parece no responder a lo que un sistema tributario implica, es más acorde a la realidad denominarlo régimen tributario, esto por la existencia de una gran cantidad de impuestos vigentes, algunos sin aplicación práctica, lo que implica la inexistencia de una coherencia entre los tributos, característica fundamental para determinar la existencia de un sistema.
- Los principios en materia tributaria, al encontrarse reconocidos expresamente en el texto constitucional o derivarse de él, constituyen valores esenciales del orden tributario que ejercen una influencia directa tanto en el proceso de creación del sistema como en el de su aplicación, los que a su vez se convierten en límites y garantías de los contribuyentes frente al ejercicio del poder del Estado. Estos principios se encuentran recogidos en la Constitución, así como en normativa secundaria.
- A lo largo del trabajo se ha realizado un análisis para poder determinar si ha existido o no una expropiación indirecta. Primero, se debe establecer si la medida es imputable al Estado al cual se le reclama, se debe identificar si la inversión está cubierta bajo un TBI y, si la misma es objeto de expropiación; luego, se pasa al impacto que produce la medida sobre la inversión y verificar si es permanente, considerando además la expectativa del inversor, diferenciándola de las medidas estatales amparadas bajo los poderes de policía del Estado, ya que estas últimas no son compensables. Sobre la base de ello estimo, es posible determinar la existencia de una expropiación indirecta.
- La figura de la medida tributaria expropiatoria, ha sido un arbitrio de los tribunales arbitrales que han solucionado conflictos con base en TBIs que se hayan referido a materia tributario. No resulta técnico hablar de medida expropiatoria de carácter tributaria ya que, la expropiación es un instrumento perfectamente delimitado en nuestro país, respetuoso del derecho de propiedad

privada, que en definitiva implica un cambio en la composición efectiva del patrimonio particular, da lugar a un intercambio forzoso de bienes entre quién es expropiado y la entidad expropiante, mientras que con el tributo, no ocurre lo mismo, “pues se trata de una detracción unilateral coactiva llevada en el patrimonio del ciudadano a cabo por el Estado, en virtud del deber de contribuir según la capacidad económica del contribuyente”²⁸¹ sin que ello conlleve una directa compensación ni un intercambio de bienes. Por lo cual, si atendemos al correcto significado de ambas instituciones jurídicas, resulta difícil de comprender que a través del cobro de un tributo puedan expropiarse bienes o derechos del contribuyente. Por ello, si bien técnicamente se debe hablar de tributos con alcances confiscatorios.

- Los Estados no pueden verse limitados por los TBIs en el ejercicio de sus poderes de policía, ya que los mismos deben cumplir con sus objetivos de políticas públicas en pro del bienestar general y del desarrollo de su entorno; entendiendo claro, que los TBIs pueden establecer ciertas garantías para los inversores extranjeros, pero que no limitan los referidos poderes.
- Con las experiencias referidas tanto de Argentina como de México, se puede ver claramente como otros Estados se han visto involucrados en arbitrajes internacionales de inversiones respecto de la figura de la expropiación indirecta –figura de la medida tributaria expropiatoria-, la que dada su actual importancia, es ya regulada expresamente en los TBIs más recientes. Con la referencia a estos Estados he querido además evidenciar el problema respecto de la seguridad de las inversiones en un problema que engloba al mundo entero, no solo al Ecuador.
- Con la denuncia de varios TBI's, declaratorias de inconstitucionalidad de varias de sus normas, denuncia del Convenio CIADI, el Ecuador ha marcado una distancia con su actuación internacional de años pasados. Pero por otro lado, ha establecido normas internas que brindar seguridad a los inversores,

²⁸¹Gabriel Ruan Santos, *Medidas Tributarias Expropiatoria...*, art. cit., p. 430.

como se evidencia con el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

- Llama la atención, la actuación de nuestro Estado en cuanto el tratamiento de cada TBI, no todos han sido considerados de la misma forma –declaratoria de inconstitucionalidad-, dentro de la Asamblea Nacional han merecido distinto trato así como dentro de la propia función ejecutiva. Estimo conveniente la unificación de criterio, para no violar, por un lado el principio de igualdad y, por otro asegurar una seguridad jurídica y certeza.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General:

- Borda, Guillermo, *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Perrot.
- Cameron, Peter D., “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors” Association of International Petroleum Negotiators, 2006, p. 28, en http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn-stbilization-cameron_final.pdf, consulta
- Cásas, José Oswaldo, “Principios jurídicos de la tributación”, en *Tratado de Tributación*, dirigido por Horacio García Belsunce, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 266.
- Cataño, Juliana y Galeano, Paola, “Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?”, en *Journal of International Law*, Vol. 2, 01, 2001, Colombia.
- Cremades, Bernardo M., “Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007.
- Doak Bishop, R, Crawford, James y Reisman, Michael, *Foreign Investment Disputes*, 2005.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 11ª edición.

- Egas Reyes, Pablo, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos Volumen 30, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.
- Fernández de Gurmendi, Silvia A., “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, en *Relaciones Internacionales*, Buenos Aires, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de la Plata, No. 3.
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo 1 Teoría del Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Ferreiro Lapatza, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 10.
- Gamba Valega, César, “Los principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, en *Derecho Tributario*, coordinado por Daniel Yacolca Estares, Grijley, Lima, GRIJLEY, p. 35.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, tomo II, 1989.
- García Novoa, César, “Tributos expropiatorios. La figura de la medida tributaria expropiatoria en el marco de los Tratados de Protección de Inversiones. ¿Una nueva visión de confiscatoriedad?”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010.
- Garriga Suau, Georgina, “Los Tratados Bilaterales de Inversiones (BIT’s)”, en *Arbitraje Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, Lima, Palestra, 2009.
- Giannini, Aquile D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957. P. 50.
- Gordillo, Agustín, en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf

- Granato, Leonardo, *Protección del Inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, en: <http://books.google.com.ec/books?id=EqSKojmsvIC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- Guerra Bello, Gustavo, *La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador*, Tesis de Maestría, Quito, 2008.
- Jaramillo Vega, Eugenio Armando, *Sinceramiento Tributario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Kirchhof, P. “La influencia de la constitución alemana en su legislación tributaria”, en *Garantías constitucionales del contribuyente*, 2 da edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Lewin Figueroa, Alfredo, “Principio de progresividad”, en *Principios Constitucionales del Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Universidad de los Andes e ICDT, 2002.
- Masapanta Christian, “Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre el fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (caso No. 0006-10-TI), en *Revista de Derecho No. 17*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2012.
- Mazz, Addy, “Medidas tributarias expropiatorias”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010.
- Montaña Galarza, César, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembros de la Comunidad Andina”, en *Tópicos Fiscales Contemporáneos*, coordinado por Daniel Yacolca Estares, México, Universidad de Guadalajara, 2004, p. 218.
- Naveira de Casanova, Gustavo J., “El principio de no confiscatoriedad tributaria”, en *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, coordinado por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, 1 ed., Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2008.

- Paredes Montiel, Marat y Rodríguez Lobato, Raúl, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 154.
- Pérez Royo, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Madrid, Civitas, 1993.
- Piñeros Perdomo, Mauricio, “Arbitraje en materia tributaria”, en *Memorias XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Quito, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.
- Pérez de Ayala, José Luís, *Las cargas públicas: principios para su distribución. Hacienda Pública Española*, Madrid, 1979.
- Perrone Nicolás, “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”, en *Revista de Derecho No. 17*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2012.
- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Tomo II, 2da edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- Plazas Vega, Mauricio y Piñeros Perdomo, Mauricio “Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Tributaria”, en *XXVII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010.
- Prieto Gustavo, “Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”, en *Revista de Derecho No. 17*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2012.
- Quiñonez, Natalia, “Comentarios Sección III.- Las otras fuentes normativas en materia de fiscalidad internacional”, en *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- Ramallo Massanet, Juan “La Eficacia de la Voluntad de Las Partes en las Obligaciones Tributarias”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Restrepo, Manuel Alberto, “Protección y limitación constitucional de la propiedad: de la prohibición de la confiscación a la expropiación y la extinción de dominio”, en *Teoría Constitucional*, Editado por Cristina Pardo Schlesinger y Casrlos Parra Dussán, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

- Robalino Orellana, Javier, “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2009.
- Rodríguez Piedrahita, Adrián F., “El concepto de medidas tributarias con alcances expropiatorios: una aproximación desde la óptica de los tratados bilaterales de inversión”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010.
- Ruan Santos, Gabriel, “Medidas Tributarias Expropiatorias”, en *XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 2010.
- Sáinz de Bujanda, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense, 8va edición, 1990.
- Salgado Levy, Claudia Helena, *Materia tributaria en los Tratados Internacional de Inversiones*, Tesis de Maestría, Quito, 2007.
- Silva Romero, Eduardo, “Por un regreso del sentido ordinario de la palabra “inversión””; en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2009.
- Suárez, Ignacio, “Particularidades del acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2010.
- Uckmar, Víctor, Corasaniti, Giussep, De`Capitani di Vimercate, Paolo, *Manual de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- Uckmar, Victor, “Los tratados internacionales en materia tributaria” en *Curso de Derecho Internacional Tributario*, TOMO I, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- United Nations Conference of Trade and Development, *Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia*, NACIONES UNIDAS, Ginebra, 2006, en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf.
- United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-90s*, New York, UNITED NATIONS, 1998.
- United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2012.

- United Nations Conference of Trade and Development, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, 2011.
- United Nations Conference of Trade and Development, *Taxation*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York y Ginebra, UNITED NATIONS, 2000.
- Tarsitano, Alberto, “El principio de capacidad contributiva. Un enfoque dogmático”, en *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*, coordinadores Pasquel Pistone y Heleno Taveira Torres, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2005.
- Troya Jaramillo, José Vicente, *Estudios de Derecho Internacional Tributario*, Quito, Pudeleco editores S.A., 2008.
- Troya Jaramillo, José Vicente, “El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano”, en *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Yépez Sevilla, Rodrigo, “Los contratos de estabilidad jurídica”, en *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- Vasqués, Mar Aguilera, “Límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada. Especial consideración a los aspectos medioambientales”, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo V, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Villagra Cayamana, Renée Antonieta, “La red de convenios para evitar la doble imposición suscritos por los países de Sudamérica”, en *Fiscalidad Internacional Monografías*, Editado por Fernando Serrano Antón, Madrid, CEF Ediciones, 2010.
- Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Von Ihering, Rodolfo, *El Fin en el Derecho*, tr. A. Posada, Madrid, Reus, 1912.
- W. Salacuse, Jeswald, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No 2, 2010.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2 da edición.

Fuentes de Consulta Normativa Interna:

- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial (s) No. 303 de 19 de octubre de 2010.
- Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones, Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de Diciembre de 2010.
- Código Orgánico Tributario
- Constitución de la República del Ecuador.
- Decisión 40 de la Comunidad Andina de Naciones.
- Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones.
- Decreto Ejecutivo No. 1823
- Ley de Régimen Tributario Interno.
- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
- TBI Ecuador – China
- TBI Ecuador – El Salvador
- TBI Ecuador – Argentina
- TBI Ecuador – Canadá
- TBI Ecuador – Bolivia
- TBI Ecuador – Perú
- TBI Ecuador – Rumania

Fuentes de Consulta Normativa Externa:

- TBI Argentina – Nueva Zelanda
- Convenio CIADI.
- Ley 963 de 2005 de la República de Colombia.
- Constitución Peruana.
- Decisión 472 de la Comunidad Andina de Naciones,
- CDI Bolivia y Argentina de octubre 30 de 1976
- CDI Chile y Argentina en noviembre 13 de 1976.
- TBI entre China y Nueva Zelanda (2008)
- TBI entre Líbano y Malasia (2003)
- TBI entre Austria y Croacia (1997)
- TBI Egipto Alemania (2005)
- TBI México y Reino Unido (2006)

- TLC Austria-Chile (2004).
- TBI suscrito entre Colombia e India, (2009)
- TBI suscrito entre Bélgica/Luxemburgo y Colombia, 2009.

Bibliografía Complementaria:

- Contrato modificadorio al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, en el bloque 10 de la región amazónica ecuatoriana, disponible en: http://www.mrnrr.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=1022&Itemid=132&lang=es
- Caso Marvin Feldman vs. México.
- Caso Metalclad Coroporation vs. México
- Caso SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca>
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador
- Caso Starret Housing contra Irán, Laudo interlocutorio No. ITL 32-24-1, Diciembre 19 de 1983.
- Caso Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, párr. 102-104. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MetacladAward-Spanish.pdf>
- Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.
- Caso *Revere & OPIC* vs. Jamaica.
- Caso Occidental vs. Ecuador, julio 1 de 2004, párr. 85.
- Caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003,p.114. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>
- Caso Generación Ucrania vs. Ucrania, septiembre 16 de 2003. Párr. 20-22.
- Caso CME vs. República Checa, Laudo parcial, septiembre 13 de 2001, párr 150.
- Caso Pope & Talbot vs. Canadá, Laudo Provisional, junio 26 de 2000, párr. 26.
- Caso Sempra Energy vs. Argentina, Laudo, septiembre 28 de 2007, párr. 285.

- Caso Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company, octubre 28 de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, p. 278.
- Caso Starret Housing vs. Irán, Laudo interlocutorio No. 32-24-1, 19 de Diciembre de 1983.
- Caso Sedco Inc. vs. Iranian National Oil Company, octubre 28 de 1985, Tribunal de Reclamaciones.
- Caso Feldman vs. México, diciembre 16 de 2002, párr 83.
- Caso *Methanex* vs. Estados Unidos de América, Laudo Final, agosto 3 de 2005. Párr. 7.
- Caso Saluka vs. República Checa, Laudo Parcial, marzo 17 de 2006, párr.. 255.
- Caso Fondo de Bombero vs. México, julio 17 de 2006, párr. 176.
- Caso Tecmed vs. México, mayo 29 de 2003, párr. 122.
- Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003
- Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000
- Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.
- Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 (NAFTA).
- Caso Suez vs. Argentina, julio 30 de 2010
- Caso Enron vs. Argentina, enero 14 de 2004.
- Caso Siemens vs. Argentina, febrero 06 de 2007
- Caso LG&E vs. Argentina, octubre 3 de 2006
- Caso CMS vs. Argentina, mayo 12 de 2005.
- Caso Azurix vs. Argentina, julio 14 de 2006.
- Caso No. 0177-09-EP, sentencia No. 021-09-SEP-CC, Corte Constitucional Ecuador.
- Decreto Ejecutivo No. 1823 del 02 de julio de 2009
- Estatuto de la Inversión extranjera en los países del Hemisferios, Estudio Comparativo, Bolivia, en: [http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&biw=1024&bih=621&q=cuando++la+República+Federal+de+Alemania%2C+inicio+en++la+práctica%2C+suscribiendo+el+primer++Tratado+Bilateral+de+Protección+y+Promoción+d e+Inversiones+\(TBI\)%2C+el+25+de+noviembre+de+ese+año+con+la+República+Islámica+de+Pakistán&aq=f&aqi=&aql=&oq=&fp=9363db9a2ea74b4e](http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&biw=1024&bih=621&q=cuando++la+República+Federal+de+Alemania%2C+inicio+en++la+práctica%2C+suscribiendo+el+primer++Tratado+Bilateral+de+Protección+y+Promoción+d e+Inversiones+(TBI)%2C+el+25+de+noviembre+de+ese+año+con+la+República+Islámica+de+Pakistán&aq=f&aqi=&aql=&oq=&fp=9363db9a2ea74b4e).

- http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/hernandez_f_vw/capitulo7.pdf
- <http://ita.law.uvic.ca/documents/MytilineosPartialAward.pdf>
- <http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>
- <http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNuljurisdiction061606.pdf>
- http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf
- <http://ita.law.uvic.ca/documents/PhoenixAward.pdf>.
- http://ita.law.uvic.ca/documents/BurlingtonResourcesInc_v_Ecuador_Jurisdiction_Span.pdf
- <http://www.mmrree.gob.ec/2012/bol1057.asp>
- <http://www.mmrree.gob.ec/2012/bol1124.asp>
- <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/ciatdata/tratados.html>
- http://www.oecd.org/ctp/globalrelationsintaxation/NEW_Ecuador%20country%20notes_final.pdf
- http://www.oecd.org/ctp/globalrelationsintaxation/NEW_Ecuador%20country%20notes_final.pdf
- http://www.oecd.org/ctp/globalrelationsintaxation/NEW_Ecuador%20country%20notes_final.pdf
- http://www.aebe.com.ec/data/files/noticias/Noticias2010/Denuncias_Tratados_Protección
- Informe sobre el desarrollo mundial 2005: “*Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*”, Panorama general, Banco Mundial, Washington D.C. Disponible en: <http://www.worldbank.org> . Véase también <http://www.econ.worldbank.org/wdr/wdr2005>
- Oficio No. T.4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 del Presidente de la República.
- Notificación de Ecuador al CIADI del 4 de diciembre de 2007. Disponible es: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsRelases.jsp>.
- Registro Oficial No. 377 de 16 octubre de 2006 –considerando sexto-. Resolución No. 67-06 de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia No. C-776/03 de la Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia No. 1060A /01de la Corte Constitucional de Colombia.

- United Nations Conference of Trade and Development, en:
[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx)
- United Nations Conference on Trade and Development, Latest developments in Investor-State dispute settlement, IIA Issue Note, April 2012.