

DESARROLLOS RECIENTES*

* Sección coordinada por MARÍA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE y JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO

ARBITRAJE INTERNACIONAL
EN MATERIA DE IMPUESTOS: LA CLÁUSULA DE
EXCEPCIÓN DE TRIBUTACIÓN
OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY
C.
REPÚBLICA DEL ECUADOR
(LONDON COURT OF INTERNATIONAL
ARBITRATION ADMINISTERED CASE N° UN.3467)

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO*
WENDY GALARZA-ANDRADE**

En la medida que se ha vuelto usual incluir una *cláusula de excepción de tributación* en los convenios de Protección y Promoción de Inversiones y en los tratados de Libre Comercio que Estados Unidos ha venido celebrando, incluyendo el de Colombia¹; consideramos que el caso *Occidental Exploration and Production Company – OPEC- c. Ecuador* (administrado por la London Court

* Abogado Asociado, Godoy Hoyos Abogados, Bogotá, Colombia.

** Socia, Galarza Andrade Abogados, Quito, Ecuador.

1 La cláusula de tributación del TPPI Ecuador EE.UU. es mucho más simple que la que se encuentra en los TLC que ha suscrito Estados Unidos desde el TLCAN, esta última como el Tribunal mismo resaltó constituye a “*much more detailed tax exclusion (and reinclusión) provisions than Article X of the instant Treaty*” y señala en el laudo como

of International Arbitration, as. UN 3467²) resulta unos de los desarrollos reciente más importantes para empezar a estudiar los alcances y la relación entre el arbitraje internacional, la inversión extranjera y los impuestos³.

Por esta razón, aprovechamos esta sección para realizar un breve resumen de este caso en la medida que dentro de la controversia surgieron interesantes argumentos respecto del artículo X⁴—cláusula de excepción de tributación— del Tratado de Promoción y

“has found little merit in reviewing its provisions here, having concluded that they are of marginal value to the present análisis, if any” (párrafo 76, citando la opinión del profesor DAVID GANTZ). Sin embargo no podemos desconocer la necesidad de estudiar este caso para efectos de empezar a entender la compleja cláusula de excepción de tributación. Por lo general en la cláusula de los TLC se incluye un sexto párrafo que establece que las medidas tributarias están sujetas a las disposiciones del tratado en materia de expropiación y que las mismas, podrán ser sometidas al mecanismo del arbitraje cuando se considere que a través de éstas se ha presentado una expropiación directa o indirecta o una violación a un convenio sobre inversión o a una autorización de inversión.

- 2 Este documento —*Final Award del 1 de julio de 2004*— se puede consultar en la página del *Investment Treaty Arbitration*, <http://ita.law.uvic.ca/>, documento recuperado el 10 de abril de 2007.
- 3 Otros precedentes de arbitramentos que tengan su origen en temas tributarios puede ser el caso *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos de México* (Case n° ARB(AF)/99/1), el primero de naturaleza tributaria en el NAFTA/TLCAN, en el que el ciudadano norteamericano Feldman alegó que la negativa de México a devolver los impuestos internos que gravaban los cigarros exportados por su empresa y su continuo rechazo del derecho a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituían una violación de las obligaciones de México. Conforme al capítulo XI, específicamente, alegó que se violaron los artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN.
- 4 “Artículo X. 1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra parte.
2. No obstante, las disposiciones del presente tratado, especialmente de los artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el artículo III; b) Las transferencias, de conformidad con el artículo IV, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable”.

Protección de Inversiones —de aquí en adelante TPPI—, suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, sin perjuicio que el lector posteriormente realice un análisis más detallado de otros aspectos igualmente interesantes de este caso⁵.

LOS HECHOS

Desde 1999, fecha en la que OEPC suscribió el Contrato Modificatorio de participación con PETROECUADOR, la empresa había venido solicitando al Servicio de Rentas Internas —de aquí en adelante SR— y está aceptando, la devolución del IVA pagado por la empresa en sus compras e importaciones de bienes y servicios utilizados en sus actividades de exploración y explotación en relación con las inversiones relacionadas con ese contrato. Sin embargo, en agosto 28 del 2001 respecto del periodo octubre 2000 - mayo 2001 —mediante la Resolución 664— el SRI negó la devolución del IVA argumentando que el art. 69a) del Estatuto Tributario⁶ no le aplicaba⁷.

-
- 5 Para un análisis detallado de esta controversia recomendamos el artículo de SUSAN D. FRANCK, *Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador*. Final Award. London Court of International Arbitration Administered Case n° UN 3467. *The American Journal of International Law*, vol. 99, n° 3 (julio, 2005), págs. 675-681. Asimismo, recomendamos el artículo del profesor JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO, “Impuestos y arbitraje internacional. El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en el Ecuador”, en *Impuestos sobre el comercio internacional*, capítulo XIII, (coords.) VÍCTOR UCKMAR y otros, Ábaco de RODOLFO DESALMA o el artículo de ADRIÁN RODRÍGUEZ PIEDRAHITA, “*International Arbitration Claims against Domestic Tax Measures*”, INTAL-ITD. Véase, www.iadb.org. Igualmente, para una descripción del caso desde la óptica del Estado ecuatoriano recomendamos consultar la página del SRI http://descargas.sri.gov.ec/download/pdf/informe_oxy_iva_petrolero.pdf, documento recuperado el 10 de abril de 2007.
- 6 La Ley 99-24 incorporó el artículo 69a) al Estatuto Tributario que indica: “IVA pagado en actividades de exportación. Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado sin intereses y en un tiempo no mayor a 90 días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro

En septiembre del 2001, OEPC interpuso un juicio de impugnación a la Resolución 664 ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito.

Posteriormente, la directora del SRI revocó las resoluciones en las que aceptaba la devolución de IVA comprendidos entre concepto a OEPC correspondientes a los periodos comprendidos entre julio de 1999 hasta septiembre de 2000; señalando lo que era necesario rectificar el error cometido y ordenaba a OEPC la restitución de lo indebidamente devuelto por concepto de IVA. OEPC también interpuso juicio de impugnación contra estas resoluciones⁸.

El 11 de noviembre del 2002, OEPC notificó al Estado ecuatoriano la intención de acudir a un arbitraje internacional al amparo del TPPI con Estados Unidos (Registro Oficial 49 de 22 de abril de 1997)⁹.

LAS RECLAMACIONES DEL INVERSIONISTA

OEPC acudió ante la corte internacional de Arbitraje de Londres y solicitó en materia de la devolución del IVA lo siguiente:

medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado, no se hubiesen rembolsado el IVA reclamado. El servicio de rentas internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo, que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado”.

- 7 El SRI señaló “que el IVA estaba incluido en los costos y por tanto restituido a la compañía a través del porcentaje de participación en el contrato y de que la empresa tenía derecho a un ajuste a través de la cláusula de estabilidad económica en caso de producirse cualquier variación en la carga impositiva”.
- 8 La Resolución 234 de abril 1º, 2002; la Resolución 406 de enero 1º, 2003 y la Resolución 026 de marzo 6 de 2003. Véase, *Final Award*, párrafo 32 y sig.
- 9 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones: “Artículo VI. 4. Cada una de las partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. “Este tratado se puede consultar en la página Web del http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp , documento recuperado el 19 de abril de 2007.

"a) To declare that Ecuador, through the Denying Resolutions and related conduct, has breached its obligations under the Treaty and international law;

b) To declare that OEPC is entitled to VAT refund as a matter of international law, Andean Community and Ecuadorian law, with respect to VAT paid on both goods and services used for production of oil for export, including pre-production expenses and de minimis expenses associated with production activities in areas inhabited by indigenous communities;

c) To order Ecuador to cause the SRI to recognize formally that OEPC was and is entitled to reimbursement of VAT paid since July 1999;

d) To order Ecuador to cause the SRI to annul or rescind all resolutions denying such reimbursement;

e) To order Ecuador to cause the SRI to reimburse in cash to OEPC all VAT paid through December 31, 2003 and not already refunded; (por un valor de US\$80,263,930).

f) To order Ecuador to provide formal guarantees that no action will be taken or measure adopted denying the economic benefit of the VAT refund;

g) To order Ecuador to cause the SRI to grant all refunds requested for VAT paid from January 1, 2004;

h) To determine future damages; (por un valor de Us\$121,300,000) and

i) To award OEPC all its costs, including attorney fees"¹⁰ (texto entre corchetes es nuestro).

OEPC argumentó que Ecuador había incumplido sus obligaciones bajo el TPPI, particularmente:

10 *Final Award*, párrafo 9.

“i) of fair and equitable treatment¹¹; ii) of treatment not less favorable than that accorded to Ecuadorian exporters¹²; iii) not to impair by arbitrary or discriminatory measures the management, use and enjoyment of OEPC’s investment; and iv) not to expropriate directly or indirectly all or part of that investment.”¹³ (Remisiones al TPPI son nuestras).

Señalando que tenía derecho a sus devoluciones del IVA en virtud no sólo de la propia legislación ecuatoriana¹⁴; sino desde la legislación comunitaria andina en virtud de las decisiones andinas 330¹⁵ de 1992 y 388¹⁶ de 1996¹⁷ e incluso desde la concepción de la propia OMC; señalando respecto de esto último como:

“there is a universal practice for countries to adopt a destination-principle VAT allowing for the reimbursement of VAT attributable to export goods paid in the country of origin.”

y argumentando que los propios acuerdos de la OMC y del GATS obligan a sus miembros a:

“not to discriminate and to grant national treatment in various sectors, including the improved recovery of hydrocarbons.”¹⁸

LOS ARGUMENTOS DE ECUADOR

Ecuador objetó la competencia del Tribunal y presentó sus argumentos de defensa:

11 Artículo II (3)(a) del TPPI.

12 Artículo II (1) del TPPI.

13 *Final Award*, párrafo 36.

14 *Final Award*, párrafo 145.

15 Decisión 330, Eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales. Véase, <http://www.comunidadandina.org>

16 Decisión 388. Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes. Véase, <http://www.comunidadandina.org>

17 *Final Award*, párrafo 145 a 152.

18 *Final Award*, párrafo 151.

- a) El primero, citando las disposiciones del artículo VI (2) y (3) del TPPI, señalando que en la medida que OEPC ya había interpuesto cuatro demandas ante “*los tribunales judiciales o administrativos de la parte*” no era procedente el presente arbitraje obligatorio¹⁹.
- b) El segundo, que ninguna de las disposiciones del artículo X del TPPI en materia de tributación era aplicable a las pretensiones de OEPC, por no tratarse de ninguna de las excepciones contempladas por el artículo mismo²⁰.
- c) Finalmente, que no se estaba en presencia de un caso de expropiación, directo o indirecto.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Arbitral se declaró con competencia para conocer y resolver el caso. Como tal, claramente precisó que el objeto de la controversia era

*“wheter there is a righth to refund of taxes unchallengdly due and swing and in fact paid, and, if so, how to achieve such reimbursement.”*²¹

Y a partir de este razonamiento concluyó como el propio tribunal:

*“has jurisdiction to consider the dispute in connection with the merits insofar as a tax matter covered by Article X may be concerned, without prejudice to the fact that jurisdiction can also be affirmed on other grounds as respects Article X”.*²²

19 Para más información consultar el *Final Award* en todo lo referente a “*the fork in the road provision*”, párrafos 38 y sig.

20 *Final Award*, párrafo 64 y sig.

21 *Final Award*, párrafo 74.

22 *Final Award*, párrafo 77.

Reconociendo, entre otros temas que:

*“The claimant has a right to VAT refund under Andean Community law.”*²³

Pero señalando que, de acuerdo con la posición expuesta por Ecuador, si bien pueda que exista una práctica internacional en materia de imposición en destino respecto del IVA, esto no significa que exista,

*“a treaty or customary law obligation making such practice binding on the parties.”*²⁴

Adicionalmente, el tribunal señaló, de conformidad con lo argumentando por la OEPC, que cuando el artículo II(1) del TPPI consagra que cada parte:

“permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable”,

no se esta refiriendo a:

*“industries or companies involved in the same sector or activity, such as oil producers, but to companies that are engaged in exports even if encompassing different sectors”*²⁵,

por esta razón señala que,

*“OEPC has received treatment less favorable than that accorded to national companies”*²⁶.

23 *Final Award*, párrafo 152

24 *Final Award*, párrafo 154.

25 *Final Award*, párrafo 168.

26 *Final Award*, párrafo 177. Lo anterior sin perjuicio de considerar que el Principio de Trato Nacional consagrado por la OMC no es aplicable para este caso, en la medida

Adicionalmente, concluyó entre otros temas que,

*“the claim about arbitrariness is only partially upheld as this does not appear to have resulted from a deliberate action by the SRI but from an overall rather incoherent tax legal structure (Article II(3)(b) of the Treaty”*²⁷,

desestimando por último el argumento en materia de expropiación²⁸.

Finalmente, el tribunal reconoció entre otros que OEPC podía retener las sumas devueltas²⁹; que tenía derecho a devolución del IVA por el monto de US\$71,533,649³⁰ más intereses por el monto de US\$3'541.280³¹ hasta el 31 de diciembre de 2003 y rechazó el pago de los daños futuros por valor de US\$121,300,000^{32 /33}.

que en este caso la finalidad de la medida es *“to avoid exporters being placed at a disadvantage in foreign markets because of the indirect taxes paid in the country of origin, while in GATT/WTO the purpose is to avoid imported products being affected by a distortion of competition with similar domestic products”* párrafo 175.

27 *Final Award*, párrafo 200.

28 *Final Award*, párrafos 80 a 92.

29 *Final Award*, párrafo 202.

30 *Final Award*, párrafo 207.

31 *Final Award*, párrafo 212.

32 *Final Award*, párrafo 210.

33 Una vez que la Corte de la Reina falló en contra del Estado ecuatoriano, el mismo solicitó la nulidad de dicho fallo y las partes acudieron a una audiencia en Londres la cual se resolvió a favor de Occidental en julio de 2005. Posteriormente, esta compañía solicitó al Ministerio de Energía la respectiva autorización para proceder a la cesión del título legal del bloque 15 a favor de Encana. Sin embargo, surgió otra controversia en la medida que según se argumenta por el Estado ecuatoriano en octubre del 2000, Occidental transfirió a City Investing de los EE.UU., operadora del bloque 27, el 40% del título legal del bloque 15 sin la autorización del Ministerio de Energía, lo cual es causal de caducidad del contrato. Encana compra luego las acciones del bloque 27 a City Investing, y ésta lo hizo a la actual operadora Andes Petroleum, de la China. Este hecho constituye el antecedente principal para que el 15 de mayo de 2006, el Ministro de Energía emita la resolución administrativa a través de la cual declara la caducidad del contrato de operación del bloque 15 y los campos Edén-Yuturi y Limoncocha celebrado con Occidental, en cumplimiento de las normas contenidas en la Ley de Hidrocarburos. Frente a este hecho, Occidental solicitó el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y pidió medidas cautelares para que se le devuelva el bloque 15. La demanda asciende a US\$1.000 millones y el argumento principal de Occidental es que sus inversiones han sido confiscadas.

¿CUÁLES SON LAS REPERCUSIONES DEL CASO?

Respecto del artículo X del TPPI en materia de normas tributarias, el tribunal señaló varios temas que pueden resultar útiles para interpretar este tipo de cláusulas en materia de convenios de inversión y tratados de libre comercio, no obstante que en estos últimos las cláusulas de tributación resultan mucho más complejas, son a saber:

- a. El término “justa y equitativamente”,

“imposes an obligation on the host State that is not different from the obligation of fair and equitable treatment embodied in Article II, even though admittedly the language of Article X is less mandatory.”³⁴.

- b. El término “no obstante” con que inicia el segundo párrafo no implica que respecto de su política tributaria el Estado pueda actuar de forma injusta o inequitativa, sólo señala que,

*“such obligation is concerned with the three categories of tax matters therein listed”.*³⁵

- c. Establecer nuevos impuestos a un sector específico de inversión no constituye *per se* una medida contraria a una cláusula de tributación, sin embargo respecto del término “situaciones similares” consagrado por lo general en los tratados para el Principio de Trato Nacional, éste debe ser interpretado de una forma amplia. En este caso, OEPC argumento que la devolución si procedía para exportadores de flores y banano, por ejemplo, constituyéndose ésta en una situación similar a las exportaciones de hidrocarburos³⁶.

34 *Final Award*, párrafo 70.

35 *Final Award*, párrafo 70.

36 *Final Award*, Párrafo 172.

- d. Debemos recordar que en caso del establecimiento de medidas tributarias siempre será necesario determinar si se está ante una “discriminación arbitraria o injustificable”.
- e. Igualmente, la doctrina internacional ha señalado que es difícil alegar que se está ante un evento de expropiación, cuando se trate de medidas tributarias que estuvieran vigentes al momento de realizarse la inversión y respecto de las cuales fuera transparente su aplicación y efectos, ya que las expectativas razonables del inversionista estarían claramente determinadas.
- f. Finalmente, debemos señalar que la inclusión de una cláusula como la del TPPI de Ecuador no implica que un Estado quede imposibilitado de efectuar modificaciones tributarias que afecten a inversionistas de la otra parte en virtud del riesgo de ser demandado en un tribunal de arbitramento internacional. Lo que establece una cláusula de esta naturaleza, es simplemente la responsabilidad de no establecer impuestos o medidas tributarias que puedan resultar confiscatorias o discriminatorias.