

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Arbitraje en “Asuntos Tributarios”:  
el efecto de la Ley de Fomento Productivo en el  
régimen de solución de controversias con inversionistas**

**Romina Isabel Sánchez**

**Director:**

**David Toscano Andrade**

Trabajo de titulación presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogada

Quito, 13 de diciembre de 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

“Arbitraje en “Asuntos Tributarios”: el efecto de la Ley de Fomento Productivo en el régimen de solución de controversias con inversionistas”

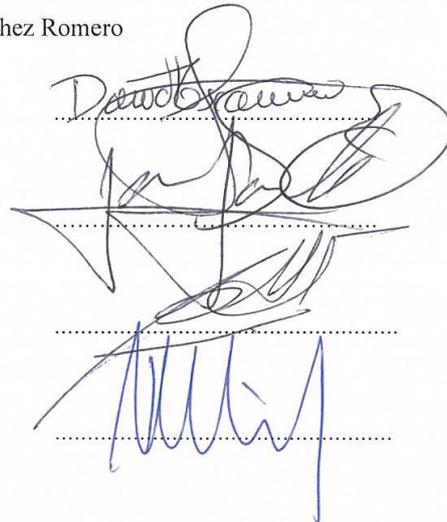
Romina Isabel Sánchez Romero

David Toscano  
Director del Trabajo de Titulación

Javier Jaramillo  
Lector del Trabajo de Titulación

Blanca Gómez de la Torre  
Lectora del Trabajo de Titulación

Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. David Toscano (top), 2. Javier Jaramillo, 3. Blanca Gómez de la Torre, and 4. Farith Simon (bottom). The signatures are written in a cursive style.

Quito, diciembre del 2019



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
COLEGIO: JURISPRUDENCIA**

**INFORME DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

**Fecha:** 13 de noviembre de 2019

**Para:** Dr. Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia  
**Universidad San Francisco de Quito**

**De:** David Toscano Andrade  
Profesor  
**Universidad San Francisco de Quito**

**Asunto:** Evaluación de Director de Trabajo Escrito de Titulación

**Alumno:** Romina Isabel Sánchez Romero

**Título:** Arbitraje en "Asuntos Tributarios": el efecto de la Ley de Fomento Productivo en el régimen de solución de controversias con inversionistas

---

A continuación, encontrará el informe sobre el Trabajo Escrito de Titulación preparado por la alumna Romina Isabel Sánchez Romero.

**1. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO**

El tema abordado por la autora es de especial relevancia para la discusión académica (y práctica) existente en el ámbito arbitral respecto de los límites de la *arbitrabilidad* de cuestiones que están relacionadas con el ejercicio de potestades públicas. La autora ha escogido discutir, en particular, sobre la *arbitrabilidad* de "asuntos tributarios".

En la práctica, la discusión es relevante respecto a los contratos de inversión celebrados durante la vigencia del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones y hasta las reformas introducidas por la Ley de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.

Además, el problema presentado es relevante en cuanto al arbitraje en materia de asociaciones público-privadas bajo la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Aunque este tema no es abordado en el trabajo de titulación – por ser un tema sujeto a una investigación posterior – el análisis desarrollado podría ser aplicable.

**2. SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS DOCUMENTOS Y MATERIALES EMPLEADOS**

La autora utiliza fuentes primarias y secundarias con suficiencia. Además tiene un enfoque multidisciplinario al analizar doctrina y jurisprudencia del derecho local como del derecho internacional de inversiones.

**3. CONTENIDO ARGUMENTATIVO DE LA INVESTIGACIÓN**

La argumentación de la autora es lógica y aborda las principales discusiones que giran alrededor del problema planteado. Toma como punto de partida conceptos utilizados en el ámbito del arbitraje internacional para después evaluar si es que ellos son aplicables al derecho ecuatoriano. Adicionalmente, considera las razones por las cuales la tesis contraria es insuficiente y presenta fallas en su construcción teórica.

**4. CUMPLIMIENTO DE LAS TAREAS RECOMENDADAS A LO LARGO DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

La autora ha cumplido con las tareas recomendadas durante su investigación, en particular el análisis del universo de fuentes relevantes respecto al tema planteado. Con ello, la autora se enfocó en evaluar los pros y contras de cada posición jurídica y fue adaptando su posición a través del enfoque socrático de la tutela brindada por su director de tesis.

**5. ACLARACIONES ADICIONALES**

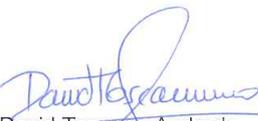
El contenido del trabajo de titulación "*Arbitraje en "Asuntos Tributarios": el efecto de la Ley de Fomento Productivo en el régimen de solución de controversias con inversionistas*" ha sido desarrollado en su totalidad por su autor/a y el Director de este trabajo ha realizado el acompañamiento académico sin tomar posición alguna respecto de las cuestiones allí planteadas por su autor/a.

**6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

El trabajo de titulación de la alumna Romina Isabel Sánchez Romero es aprobado y recomendado para continuar con el proceso de titulación.

\*\*\*

Cordialmente,

  
David Toscano Andrade  
Director del Trabajo de Titulación

## **DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

### **Firma del estudiante:**

**Nombres y apellidos:** Romina Isabel Sánchez Romero

**Código:** 00125185

**Cédula de identidad:** 1725087025

**Lugar y fecha:** Quito, 8 de noviembre de 2019

*Dedicado a mis padres: Katina y Rómulo.*

*Agradezco a mi familia por su apoyo y amor incondicional.*

*Agradezco a mis amigos por todas las aventuras y alegrías.*

*Agradezco a mis profesores por haber cumplido la tarea de compartir conocimiento y  
pasión por la profesión.*

## **RESUMEN**

La Ley de Fomento Productivo generó cambios estructurales al régimen de solución de controversia previsto para la relación dada entre los inversionistas y Estado a la luz de un contrato de inversión. Uno de los cambios más trascendentes es la derogatoria de la disposición que excluía los “asuntos tributarios” de la competencia de los árbitros. Dada la importancia que tiene las obligaciones de carácter tributario en un contrato de inversión, este trabajo busca determinar cuál es el efecto que este cambio tuvo en la ley. En función de esto se buscará dar un significado a “asuntos tributarios” en el marco de la relación contractual de inversionista y Estado.

## ABSTRACT

The *Ley de Fomento Productivo* generated structural changes to the dispute resolution regime between the investor and the State under investment contracts. One of the most significant changes was the elimination of the provision that excluded “tax matters” from the jurisdiction of arbitrators. Given the importance of tax obligations in an investment contract, this work seeks to determine what effect this change had on the dispute resolution regime. To this effect, this work will probe on the meaning of the term “tax matters” within the framework of the contractual relationship between the investor and State.

## ÍNDICE

### TABLA DE CONTENIDO

<b>DERECHOS DE AUTOR .....</b>	<b>V</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>VIII</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>IX</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>X</b>
<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>XII</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. LAS REFORMAS DEL COPCI MEDIANTE LA LEY DE FOMENTO PRODUCTIVO.</b>	
<b>3</b>	
<b>2.1 Arbitraje obligatorio en contratos de inversión.....</b>	<b>3</b>
<b>2.2 La derogatoria de la prohibición de someter “asuntos tributarios” a arbitraje.....</b>	<b>4</b>
<b>III. RÉGIMEN ANTERIOR A LA REFORMA DEL COPCI: MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON INVERSIONISTAS EN CONTROVERSIAS DE NATURALEZA TRIBUTARIA.....</b>	<b>7</b>
<b>3.1 Tratados bilaterales de inversión: aspectos tributarios previstos en las cláusulas de resolución de controversias. ....</b>	<b>7</b>
<b>3.2 Contratos de inversiones: prohibición de someter a arbitraje los asuntos tributarios.....</b>	<b>15</b>
<b>IV. LAS OBLIGACIONES CON NATURALEZA TRIBUTARIA DEL CONTRATO DE INVERSIÓN. ....</b>	<b>20</b>
<b>4.1 Incentivos tributarios otorgados a favor de inversionistas.....</b>	<b>20</b>
<b>4.2 Prohibición de expropiación indirecta mediante tributos. ....</b>	<b>22</b>
<b>4.3 Obligación de garantizar la estabilidad tributaria otorgada por el Estado. ....</b>	<b>26</b>
<b>V. LA LEY DE FOMENTO PRODUCTIVO EN DISPUTAS SOBRE ASUNTOS TRIBUTARIOS.....</b>	<b>31</b>
<b>5.1 El principio de legalidad en “asuntos tributarios”: el cumplimiento de las obligaciones pactadas a favor de un inversionista. ....</b>	<b>31</b>
<b>5.2 El estándar de arbitrabilidad en asuntos tributarios: el incumplimiento de obligaciones de naturaleza tributaria en el contrato de inversión. ....</b>	<b>35</b>

<b>VI. CONCLUSIONES .....</b>	<b>42</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>44</b>
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>49</b>
<b>Leyes.....</b>	<b>50</b>
<b>VIII. ANEXOS .....</b>	<b>52</b>
<b>8.1. Desarrollo legislativo de la Estabilidad Tributaria en el COPCI .....</b>	<b>52</b>

## ABREVIATURAS

<b>Abreviatura</b>	<b>Explicación</b>
§	Sección.
Artículo o Art.	Artículo.
Artículos o Arts.	Artículos.
COGEP	Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
COA	Código Orgánico Administrativo.
Contrato de inversión	Contrato de Inversión previsto en el Art. 25 del COPCI.
Constitución o CE	Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
COPCI	Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.
LAM	Ley de arbitraje y mediación. Registro Oficial 417 de 14 diciembre de 2006.
Ley de fomento productivo	Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.
MASC / MASCs	Método alternativo de solución de conflicto / Métodos alternativos de solución de conflicto
Reglamento de Inversiones	Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código

Orgánico de la Producción, Comercio e  
Inversiones

SRI

Servicio de Rentas Internas.

TBI

Tratado bilateral de inversión

TBI suscrito entre Ecuador y Estados  
Unidos

Tratado entre la República del Ecuador y  
los Estados Unidos de América sobre  
promoción y la protección de inversiones,  
suscrito el 27 de agosto de 2019.



## I. INTRODUCCIÓN

El Ecuador ha sido enfático en señalar que ha tenido una mala experiencia con el arbitraje de inversiones<sup>1</sup>. Una prueba de esto es que para 2017, todos los tratados bilaterales de inversión firmados y ratificados por Ecuador fueron denunciados<sup>2</sup>. Lo anterior generó el desarrollo de un régimen jurídico limitado respecto a la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias surgidas entre inversionistas y Estado<sup>3</sup>.

Estas limitaciones tuvieron un alcance específico en cuanto a conflictos de naturaleza tributaria. Durante ocho años, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones prescribió —respecto a la solución de controversias dados en contratos de inversión— lo siguiente: “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios”<sup>4</sup>.

En 2018, la Ley de fomento productivo generó cambios estructurales al arbitraje de inversiones previsto en el COPCI: (i) el arbitraje se constituyó obligatorio para el Estado en resolución conflictos dados en contratos de inversión; (ii) las condiciones que la ley prescribía para que un tribunal arbitral conozca controversias dadas entre un inversionista y el Estado fueron derogadas<sup>5</sup>; (iii) se buscó que los laudos emitidos en un proceso de

---

<sup>1</sup> En 2014 Ecuador tuvo que afrontar 28 demandas en arbitraje de inversiones por un monto total aproximado a 12.000 millones de dólares. Diego García Carrión. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. “*Visión Crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador*”. Procuraduría General del Estado. Gestión 2008-2016, p. 18.

<sup>2</sup> “La aplicación e interpretación de los Acuerdos Internacionales de Inversión y en particular de los TBI se ha convertido, con el paso de los años, en uno de los temas más discutidos del sistema de solución de controversias de inversiones, por las contradicciones de los tribunales al interpretar o aplicarlos, por la falta de precisión en cuanto a las obligaciones derivadas de cada uno de los estándares de protección. Las pocas certezas en cuanto a su contenido e inclusive las críticas poco alentadoras provenientes de la academia. Es cierto que esta incertidumbre también es consecuencia de los textos que constan en cada uno de los acuerdos, que en su mayoría son absolutamente escuetos y que no reflejan la intención o los límites con los que los Estados los incluyen en los instrumentos internacionales. (...) La conclusión, sin embargo, parece ser siempre la misma: los textos de los Acuerdos Internacionales de Inversión deben ser más claros y detallados, estableciendo cuándo y bajo qué circunstancias se genera una responsabilidad para los Estados partes que pueda ser atribuida por un Tribunal bajo el amparo de un tratado. Diego García Carrión. *Visión Crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador*. Procuraduría General del Estado. Gestión 2008-2016, p. 68.

<sup>3</sup> *Vid.*, ÁLVARO GALINDO. “Los sistemas de protección de inversiones están cambiando”. *Revista Líderes*. <https://www.revistalideres.ec/lideres/alvaro-galindo-sistemas-proteccion-inversiones.html> (acceso: 14/10/2019)

<sup>4</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. 27. Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>5</sup> El derogado Art. 27 del COPCI establecía una cláusula arbitral escalonada para acceder a arbitraje la cual contemplaba agotar la vía administrativa, negociación, mediación, tiempo de enfriamiento, etc. LEY

arbitraje internacional se vuelvan a ejecutar como los laudos nacionales<sup>6</sup>; y, (iv) la restricción de someter a arbitraje los “asuntos tributarios” fue eliminada.

El reciente cambio normativo del régimen jurídico de arbitraje de inversiones origina varias curiosidades, pero para efectos de este trabajo, esta curiosidad se limita al cambio de la ley respecto al arbitraje en “asuntos tributarios”. Aparentemente, la reforma abre la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda conocer asuntos de naturaleza tributaria que son pactados en un contrato de inversión celebrado con posterioridad a la Ley de Fomento Productivo. Adicionalmente, la reforma genera una curiosidad más grande respecto a aquellos contratos que fueron celebrados durante el tiempo en que la prohibición estuvo vigente. ¿Cómo debe ser entendida la limitación que prescribía la ley (*i.e.* “No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios”)?

El objeto de este trabajo es determinar el alcance de dicha prohibición y cómo debe entenderse la misma respecto a los contratos que fueron firmados antes de la reforma. La respuesta a esta pregunta permitirá además realizar un análisis comparativo con el régimen actual de los contratos de inversión, mismo que si bien ya no se rigen por la prohibición derogada, podrían incorporar cláusulas contractuales en el mismo sentido<sup>7</sup>.

Por lo expuesto, este trabajo se ha dividido en cuatro partes. El primer capítulo se enfocará en determinar cuáles son los cambios más trascendentes que sufrió el COPCI a partir de la Ley de Fomento Productivo. El segundo capítulo revisará el régimen jurídico anterior a la reforma con la finalidad de entender las limitaciones que se buscó imponer en el arbitraje de “asuntos tributarios”. En el tercer capítulo se profundizará las protecciones pactadas entre inversionistas que tienen carácter tributario para entender el alcance de la prohibición. Finalmente, se estudiará el alcance de las reformas respecto a contratos de inversiones pactados antes y después de la reforma.

---

DE FOMENTO PRODUCTIVO. Disposición derogatoria segunda. Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

<sup>6</sup> *Vid*, FRANCISCO PAREDES. “La Ley para el Fomento Productivo fortalece el arbitraje internacional en el Ecuador”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. XI, No. 1, 2018, pp. 771–776.

<sup>7</sup> El entendimiento de la expresión “asuntos tributarios” será extensivo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociación Público Privadas. Esta ley mantiene vigente una disposición que excluye los “asuntos tributarios” de la resolución de controversias en el marco de un contrato de asociación público privada. El Art. 20 prescribe lo siguiente “No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”. *Vid*, LEY ORGÁNICA DE INCENTIVOS PARA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS. Art. 20. Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de diciembre de 2015.

## II. LAS REFORMAS DEL COPCI MEDIANTE LA LEY DE FOMENTO PRODUCTIVO.

La Ley de fomento productivo fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018. Con la reformatoria que generó al COPCI, la Ley de fomento productivo hizo dos modificaciones relevantes para el objeto de este trabajo: prescribió que el arbitraje sería mandatorio para el Estado en un contrato de inversión [2.1]; y eliminó la prohibición de someter a arbitraje “asuntos tributarios” [2.2].

### 2.1 Arbitraje obligatorio en contratos de inversión.

Desde su promulgación, el COPCI permite el uso del arbitraje y la mediación para resolver las diferencias dadas entre inversionista y Estado respecto a contratos de inversiones celebrados al amparo de esta ley<sup>8</sup>. Sin embargo, para que, efectivamente prospere el arbitraje, hubo varios obstáculos que afrontar [Ver §3.2]<sup>9</sup>.

Para el 2017, Ecuador había sido demandado por 28 ocasiones en sede arbitral, teniendo a dicha fecha una contingencia de alrededor de 12 mil millones de dólares<sup>10</sup>. A pesar de ello, las razones para incentivar la protección a inversionistas a través del arbitraje eran muy claras: la jurisdicción ordinaria no es atractiva para inversionistas<sup>11</sup>. En general, la administración de justicia en países como Ecuador ha demostrado una gran tendencia a la existencia de, entre otros, procesos lentos, falta de experiencia de jueces en transacciones financieras complejas, jueces parcializados, leyes procesales poco estables y desconocidas para inversionistas<sup>12</sup>.

Fue durante el segundo debate del proceso de promulgación de la Ley de Fomento Productivo, cuando se empezó a contemplar la posibilidad de hacer obligatorio el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias dadas entre inversionista y Estado<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. 27... *Óp. Cit.*

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Adicionalmente, para 2019 se calcula que existe 1,558 millones de dólares en disputa. DIEGO GARCÍA CARRIÓN. “Visión Crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador”. Procuraduría General del Estado...*Óp. Cit.*

<sup>11</sup> *Vid*, PATXI ZABALO. Los Acuerdos Internacionales sobre Inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. *Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, 2008, p. 28.

<sup>12</sup> *Vid*, KENNETH J. VANDEVELDE. *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, p. 315...*Óp. Cit.*

<sup>13</sup> *Vid*, Esteban Albornoz. “Informe para el Segundo Debate del Proyecto de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad, y Equilibrio Fiscal” Comisión Especializada Permanente del Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa. 21 de junio

Con 73 votos a favor, la Asamblea Nacional aprobó la modificación del COPCI que obliga al Ecuador a someterse a arbitraje en controversias provenientes de contratos de inversión<sup>14</sup>. En este sentido el primer artículo innumerado del COPCI establece que el estado “deberá” pactar arbitraje para resolver las controversias que puedan surgir del contrato de inversión<sup>15</sup>.

Además, la reforma abre la posibilidad de someter a arbitraje internacional las disputas dadas en inversiones que superan un determinado monto. El artículo innumerado segundo establece tres opciones para la administración del arbitraje en inversiones mayores a los diez millones de dólares. El proceso arbitral puede ser regulado por:

- (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)<sup>16</sup>.

El mismo artículo establece que queda al arbitrio del reclamante la elección de estas opciones para el arbitraje.

## **2.2 La derogatoria de la prohibición de someter “asuntos tributarios” a arbitraje.**

El segundo cambio relevante que generó la Ley de Fomento Productivo, y sobre el cual se centra este trabajo, es la derogación del artículo 27 del COPCI<sup>17</sup>. La Disposición Derogatoria segunda de la Ley eliminó íntegramente este artículo que contenía las disposiciones que regulaba la resolución de conflictos en contratos de inversión.

---

de 2018. [http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal\\_28999](http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal_28999) (Acceso: 31/10/2019).

<sup>14</sup> *Vid.*, OBSERVATORIO LEGISLATIVO. Aprobación del pleno. [http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal\\_28999](http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal_28999) (Acceso: 17/07/2019)

<sup>15</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. (...) 1. Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010. Modificada mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

<sup>16</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. (...) 2... *Óp. Cit.*

<sup>17</sup> *Ibid.* Disposición Derogatoria Segunda.

Los informes de los dos debates mantenidos en la Asamblea Nacional<sup>18</sup> y la objeción parcial del ejecutivo no revelan que haya existido discusión sobre este punto<sup>19</sup>. Es más, se evidencia que esta disposición derogatoria se agregó a partir del Informe no vinculante de la Comisión de Desarrollo Económico elaborado mediante sesión No. 533 de 7 de agosto de 2018<sup>20</sup>. En la sesión en la que discutió el informe, no se refleja un debate respecto a este punto<sup>21</sup>.

Aun cuando no existió una discusión legislativa, se derogó el artículo 27 del COPCI. Este artículo fue trascendente por dos motivos fundamentales. Por un lado, establecía requisitos para someter controversias entre el Estado y los inversionistas a arbitraje, y, por otro lado, establecía la prohibición de arbitrar “asuntos tributarios”. El texto establecía lo siguiente:

Art. 27.- Resolución de conflictos. - 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

---

<sup>18</sup> Pleno de la Asamblea Nacional. Informe primer debate del Proyecto de Ley Orgánica para el fomento productivo, Sesión 53 de 8 de junio de 2019; Informe segundo debate del Proyecto de Ley Orgánica para el fomento productivo, Sesión 56 de 15 de junio de 2019.

<sup>19</sup> LENIN MORENO. Objeción parcial del Ejecutivo a la Ley de Fomento Productivo, 20 de julio de 2018.

<sup>20</sup> OBSERVATORIO LEGISLATIVO. Informe no vinculante de la Comisión de Desarrollo Económico elaborado. [http://observatoriolegislativo.ec/-legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal\\_28999](http://observatoriolegislativo.ec/-legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal_28999) (Acceso: 17/10/2019)

<sup>21</sup> El asambleísta por Azuay Juna Lloret señaló la falta de debate del régimen de resolución de controversias con inversionistas. En su intervención manifestó que la omisión en discutir esa reforma era violatoria al proceso de promulgación de leyes. Ver Comisión de Desarrollo Económico. informe no vinculante de la Ley de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Sesión. 533 de 7 de agosto de 2018. TV Legislativa. <https://www.youtube.com/watch?v=BU-S87ASU7o> (acceso: 27/09/2019).

solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios<sup>22</sup>.

Dada la importancia que tiene la protección que se debe dar a los inversionistas, estas reformas aparentemente resuelven algunos de los problemas de los inversionistas al proponer un régimen más favorable para los contratos de inversión celebrados después de la Ley de Fomento Productivo.

Existen contratos celebrados durante los 8 años de vigencia de la prohibición de no someter a arbitraje “asuntos tributarios”. Es de gran relevancia determinar cuál es el efecto de dicha prohibición respecto a controversias que hayan surgido o que puedan surgir de contratos celebrados mientras la prohibición estuvo vigente o controversias que puedan surgir de contratos que incorporen cláusulas contractuales con la misma prohibición. A continuación, se estudiará el régimen de aquellos contratos celebrados antes de la reforma.

\*\*\*

En este capítulo se analizó la manera en que la Ley de fomento productivo cambió el régimen de resolución de controversias para conflictos que pueden surgir de un contrato de inversión. A efectos de este trabajo los cambios relevantes son dos: (i) la obligatoriedad de someter al Estado a arbitraje los conflictos generados a raíz de un contrato de inversión y (ii) la derogación de la prohibición de someter asuntos de naturaleza tributaria a arbitraje.

---

<sup>22</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. 27... *Óp. Cit.*

### **III. RÉGIMEN ANTERIOR A LA REFORMA DEL COPCI: MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON INVERSIONISTAS EN CONTROVERSIAS DE NATURALEZA TRIBUTARIA.**

A diferencia de la inversión nacional, la inversión extranjera trae consigo riesgos específicos<sup>23</sup>, especialmente en el ámbito tributario, donde existe una gran tensión económica entre inversionista y Estado [Ver § IV]. A continuación, se estudiará los mecanismos que la ley utilizó para brindar protección a inversionistas respecto a la resolución de conflictos antes de la Ley de fomento productivo. Como referencia histórica, se analizará el régimen jurídico de TBIs [3.1]. Después, se estudiarán los contratos de inversión bajo el COPCI antes de la Ley de fomento productivo [3.2].

#### **3.1 Tratados bilaterales de inversión: aspectos tributarios previstos en las cláusulas de resolución de controversias.**

Los Tratados Bilaterales de Inversión buscaron atenuar el riesgo político que sufre los inversionistas<sup>24</sup>; brindaron garantías a quienes exportan capital a través de la creación de un marco legal estable en el país receptor<sup>25</sup>. Los TBIs establecieron normas respecto al trato que se debe dar a un inversionista cuando se encuentra en territorio extranjero y —en caso de que exista una afectación— sentaron las bases para determinar la responsabilidad de los Estados<sup>26</sup>. Todo esto con el objetivo de promover las inversiones extranjeras: mientras más seguridad se brindaba a los inversionistas, más incentivo existía para invertir en un país<sup>27</sup>.

Históricamente, el régimen de TBIs ha sido de gran relevancia para la resolución de controversias para el Ecuador. Estos instrumentos reflejan las circunstancias que permitió el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias a través de arbitraje

---

<sup>23</sup> *Vid*, JOSÉ GUSTAVO PRIETO. “Evolución del derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”. *Foro: revista de derecho*. 17, I Semestre, 2012, p. 8.

<sup>24</sup> *Vid*, RUDOLF DOLZER AND SCHREUER CHRISTOPH. *Principles of international investment law*. Oxford University Press, 2012, p. 45.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>26</sup> *Vid*, JOSÉ GUSTAVO PRIETO. “Evolución del derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”, p. 8... *Óp. Cit.*

<sup>27</sup> *Vid*, MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY. Corporate Perceptions of Political Risk in Developing Countries. *World Investment and Political Risk*, 2011, p. 19.

internacional, y en ciertos casos puntuales, se incluyeron prohibiciones —*carve outs*— respecto al ámbito tributario<sup>28</sup>.

Los TBIs están compuestos por cuatro partes: preámbulo, definiciones, estándares de protección de inversionistas y resolución de controversias<sup>29</sup>. En la mayoría de los casos, los TBIs prevén al arbitraje como mecanismo de solución de controversias; sin embargo, aun cuando se acordó arbitraje, se establecen exclusiones específicas, tal como la restricción frente a diferencias de naturaleza tributaria<sup>30</sup>.

A su vez, existieron TBIs en los cuales se trató de manera excepcional ciertos aspectos tributarios. Este es el caso de los TBIs celebrados por Ecuador con Canadá y Estados Unidos. En estos tratados se pactaron protecciones de naturaleza tributaria a favor de inversionistas que, además, podían ser conocidas en sede arbitral.

En el caso del TBI celebrado entre Ecuador y Canadá, el Artículo XII del tratado concede un trato excepcional a las protecciones brindadas a inversionistas respecto a lo concerniente a medidas fiscales. En este sentido prescribe: “[e]xceptuando lo especificado en este Artículo, nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales”<sup>31</sup>.

La excepción a la que hace referencia este artículo es respecto a expropiación:

4. El Artículo VIII [Expropiación] 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 está en 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 XIII [Resolución de Disputas entre un Inversionista y la Parte Contratante Anfitriona]<sup>32</sup>.

El TBI celebrado entre Ecuador y Estados Unidos abarca una situación similar. El Artículo X del tratado establece que: [e]n lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte

---

<sup>28</sup> *Vid*, ARNO E. GILDEMEISTER. Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation? *ICSID Review*, 2014, vol. 29, no 2, p. 318.

<sup>29</sup> *Vid*, LEONARDO GRANATO. “Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión”. Juan Carlos Martínez Coll, 2010, p. 30.

<sup>30</sup> *Vid*, GARY BORN. “Investor-State and State-State Arbitration.” *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2012, p. 416.

<sup>31</sup> Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones. Artículo XII, numeral 1, suscrito el 29 abril 1996.

<sup>32</sup> Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones. Artículo XII, numeral 4 y 5. *Ibid*.

deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte”<sup>33</sup>. Además, prescribe lo siguiente:

[...] 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI [Resolución de controversias entre inversionista y Estado] y VII [Resolución de controversias entre partes del TBI] 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.

En otras palabras, en el caso de ambos TBIs el Estado ecuatoriano consintió someter a arbitraje determinadas controversias dadas con inversionistas que tenga que ver con tributos, pero únicamente cuando se relaciona con expropiación, en el caso de ambos TBIs; transferencia de divisas y acuerdo o autorización en materia de inversión en el caso de inversionistas estadounidenses<sup>34</sup>.

Bajo los términos de estas cláusulas empezaron importantes arbitrajes en contra del Ecuador: *EnCana Corporation c. República de Ecuador*<sup>35</sup>; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*<sup>36</sup>, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*<sup>37</sup> y *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*<sup>38</sup>. Estos dos últimos casos resultan de gran relevancia para plasmar el entendimiento que un tribunal arbitral le da a la disposición prevista en el Artículo X del TBI suscrito entre Estados Unidos y Ecuador.

---

<sup>33</sup> Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones. Art. X, suscrito el 27 de agosto de 2019.

<sup>34</sup> ARNO E. GILDEMEISTER. *Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation?* p. 319. ... *Óp. Cit.*

<sup>35</sup> *Vid*, TRIBUNAL DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES. *EnCana Corporation c. República de Ecuador*. Laudo parcial sobre Jurisdicción. Caso No. UN3481, 27 de febrero de 2004.

<sup>36</sup> *Vid*, CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*. Laudo sobre Jurisdicción. Caso CIADI No. ARB/04/19, 18 de agosto de 2008.

<sup>37</sup> *Vid*, CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*... *Óp. Cit.*

<sup>38</sup> TRIBUNAL DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES. *Caso Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*. Caso Administrado No. UN 3467, 1 de julio de 2004, p. 52-53.

En 2008, la compañía estadounidense Burlington Resources Inc. (en adelante “Burlington”) planteó una demanda al Ecuador por medidas equivalentes a la expropiación causadas por la promulgación de la Ley 42-2006. La controversia se originó porque esta ley limitó las utilidades del inversionista al establecer participaciones del Estado en el excedente de los precios de venta del petróleo mediante tributos. El análisis de jurisdicción se desarrolló respecto a la observancia y el cumplimiento de los términos del acuerdo de inversión dentro del marco del Artículo X<sup>39</sup>. En virtud de esto, el tribunal arbitral se propuso determinar: (i) si Ley 42 es un impuesto a efectos del Tratado y a la luz del derecho internacional; (ii) si los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación deben ser entendidas como “cuestiones tributarias”<sup>40</sup>.

Respecto al primer punto, el tribunal arbitral determinó que la Ley 42 es un impuesto. El análisis que hizo el tribunal es el siguiente:

[H]ay un “Impuesto” bajo el Artículo X del Tratado si se satisfacen los siguientes cuatro requisitos: (i) una ley (ii) impone a una clase de personas la obligación (iii) de pagar dinero al Estado (iv) con fines públicos. De acuerdo con esta definición, el Tribunal considera que la Ley 42 es un impuesto<sup>41</sup>.

En primer lugar, la Ley 42 es, tal como su propio nombre lo indica, una ley. En segundo lugar, esa ley impone una obligación a una “clase de personas”, a saber, las compañías contratistas que mantienen CP vigentes con Ecuador siempre que el precio actual prevalente del petróleo exceda un precio de referencia preestablecido. En tercer lugar, de acuerdo con esta obligación, esta “clase de personas” debe pagar dinero al Estado mensualmente. En cuarto y último lugar, el Estado dispone del dinero así recaudado para sus fines públicos. Tal como Ecuador indicó, el dinero recaudado bajo la Ley 42 va “directamente al Estado... forman parte de los impuestos que entran en la cuenta única del Banco Central de la República”. El Tribunal advierte además que Burlington pagó el dinero adeudado bajo la Ley 42 mediante el mismo Consorcio Fiscal que es responsable por el impuesto a las ganancias en los Bloques 7 y 21<sup>42</sup>.

La conclusión sobre el primer punto permitió que el tribunal arbitral analice si los reclamos de Burlington bajo la Ley 42 suscitan “cuestiones tributarias” de conformidad

---

<sup>39</sup> “En vista de la estructura del Artículo X, el Tribunal examinará en primer lugar si los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de la Demandante se relacionan a “cuestiones tributarias” dentro del marco del Artículo X. Si el Tribunal concluyese que estos reclamos se relacionan a “cuestiones tributarias”, procederá a analizar si se relacionan a la observancia y el cumplimiento de los términos de un “acuerdo de inversión” dentro del marco del Artículo X(2)(c) para pronunciarse sobre su jurisdicción. Por el contrario, si el Tribunal considerase que tales reclamos no se relacionan a “cuestiones tributarias”, las objeciones a la jurisdicción de Ecuador con respecto a los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación deberán ser desestimadas [...]”. *Ibíd.*, p. 32, ¶124.

<sup>40</sup> CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. BURLINGTON Resources Inc. c. República del Ecuador. Laudo sobre Jurisdicción. p. 39, ¶160.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 40, ¶165.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, ¶166.

a lo previsto al Artículo X de TBI. Respecto a este supuesto, el tribunal estableció que el reclamo no guarda relación con asuntos tributarios. El tribunal arbitral expuso lo siguiente:

El [...] reclamo se basa en la presunta negativa de la Demandada a indemnizar por la imposición del impuesto creado por la Ley 42. La Demandante no presenta este reclamo sobre la base de que la Ley 42 es ilegal o de que no debería aplicarse a la Demandante. La Demandante pretende más bien hacer valer las cláusulas de indemnización impositivas en virtud de las cuales la Demandada contrajo la obligación de absorber los efectos de nuevos impuestos o el aumento de impuesto existentes. En opinión del Tribunal, esta cláusula no suscita “cuestiones tributarias”<sup>43</sup>.

Efectivamente, la obligación de la Demandada de indemnizar de conformidad con los [Contratos de Participación] no guarda relación con su poder fiscal en tanto que Estado soberano. Las cláusulas de indemnización contractual son tan vinculantes para el inversor como para la Demandada. Como la Demandada indicó, las cláusulas de indemnización son cláusulas que “cualquiera de las partes podría invocar...si se trata de una reducción de la carga tributaria, pues Ecuador podría pedir una compensación [y] al revés: si aumenta la carga tributaria, la demandante también puede pedir una compensación”; en suma, la cláusula funciona de manera perfectamente simétrica. El Tribunal está de acuerdo<sup>44</sup>.

Por lo tanto, dos contratantes privados sin poder fiscal soberano alguno podría negociar una cláusula de indemnización idéntica a las contenidas en los [Contratos de Participación], *i.e.* si hay un aumento de impuestos, el precio del contrato es reducido, y viceversa. Y si alguna de las partes contratantes intentara hacer valer esta cláusula de indemnización, ello no implicaría un cuestionamiento de esa parte al impuesto que indujo la aplicación de la cláusula; más bien, esa parte simplemente invocaría el impuesto para substanciar su reclamo indemnizatorio. Esta lógica no cambia cuando el Estado es una de las partes contratantes sujetas a tal cláusula. Por ende, el Tribunal considera que este reclamo no suscita “cuestiones tributarias”<sup>45</sup>.

Con estas consideraciones, el tribunal arbitral se declaró competente al amparo del Artículo III del TBI<sup>46</sup>. La *ratio decidendi* que motivó la posición del tribunal fue la distinción entre “impuesto” y “cuestiones tributarias”. Burlington no presentó su reclamo sobre la posible ilegalidad o inaplicabilidad de la Ley 42, se pretendió hacer valer las cláusulas de indemnización impositivas en virtud de las cuales el Estado contrajo la obligación de absorber los efectos de nuevos impuestos o el aumento de impuesto existentes.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 43 ¶181.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 44 ¶182.

<sup>45</sup> *Ibid.*, ¶183.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 81 ¶342.

Otro caso que resulta de gran relevancia para entender otros aspectos del alcance del Artículo X del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos es de la compañía Occidental Exploration and Production Company (en adelante “Occidental”) c. República del Ecuador. Este caso se desarrolla por la inclusión del IVA pagado por la compañía en la fórmula para el calcular una de las contraprestaciones a favor de Occidental<sup>47</sup>. Para determinar la competencia del tribunal arbitral, el análisis se enfoca en lo dispuesto en el Artículo X (c) de este TBI (*i.e.* asuntos tributarios en observancia y cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión).

El tribunal arbitral comenzó su análisis a partir del alcance de la obligación del Estado de esforzarse por brindar un trato justo y equitativo a los inversionistas respecto a la política tributaria. El análisis que realiza el tribunal es el siguiente:

[...] El Tribunal señala que la referencia en el párrafo 1 del Artículo X a “esforzarse por otorgar justicia y equidad” con respecto a las políticas tributarias concernientes al tratamiento de la inversión por parte del país anfitrión no es carente de significación legal. Impone una obligación sobre el Estado anfitrión que no es diferente de la obligación de tratamiento justo y equitativo incluida en el Artículo II, aun cuando, según se admite, el lenguaje del Artículo X es menos obligatorio. Este efecto legal no es menoscabado por la cláusula “no obstante” con la cual se inicia el párrafo 2, pues no se puede interpretar que esta expresión significa que con respecto a las políticas tributarias el Estado anfitrión podría procurar un tratamiento injusto o carente de equidad. Sólo significa que dicha obligación tiene que ver con tres categorías de cuestiones tributarias que ahí se enumeran, es decir, la expropiación, las transferencias y la observancia y vigilancia del cumplimiento de un acuerdo o autorización de inversión<sup>48</sup>.

A diferencia del caso de Burlington, el tribunal incluye dentro de “cuestiones tributarias” el reclamo realizado por el inversionista. Esto, habilita al tribunal analizar si los hechos se subsumen en algunos de los tres supuestos previstos en el Artículo X del TBI. La expropiación y la transferencia de divisas quedan descartadas; sin embargo, se relaciona al IVA pagado con el Contrato de Participación y, consecuentemente, a “la observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión”. El análisis del tribunal es el siguiente:

[E]l Tribunal también debe examinar si la disputa involucra cualquiera de las tres cuestiones que se enumeran específicamente en el Artículo X con respecto a las cuales las disposiciones de solución de disputas del Artículo XI positivamente sí se aplican. Si ésta involucra efectivamente cualquiera de estos elementos, la disputa quedará en cualquier caso comprendida dentro de las disposiciones del Tratado y la solución de

---

<sup>47</sup> TRIBUNAL DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES. Caso Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador... *Óp. cit.*

<sup>48</sup> TRIBUNAL DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES. Caso Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador, p. 20 ¶70 ...*Óp. Cit.*

disputas. [...] La cuestión entonces es si la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión concerniente a cuestiones de imposición está en discusión en esta disputa.<sup>49</sup>

[...] el Tribunal tiene una obligación de examinar los sometimientos por ambas partes, sólo puede llegar a la conclusión de que se le ha sometido para su consideración una cuestión tributaria asociada con un acuerdo de inversión. Incluso si el Demandante no ha caracterizado la disputa como una que tiene que ver con el Contrato [de Participación], el hecho objetivo es que el Contrato es fundamental para la disputa.<sup>50</sup> [...] Lo que las partes en realidad disputan es si su devolución ha sido garantizada según lo estipula el Factor X del Contrato, como lo reclama el Demandado, o si ese no es el caso, si, como argumenta el Demandante, se lo debería reconocer como un derecho en conformidad con la Ley Tributaria Ecuatoriana.<sup>51</sup>

La disputa, de una u otra manera, en consecuencia, está claramente sujeta a las disposiciones de solución de la disputa del Tratado.<sup>52</sup> [...] Esto desde luego no impide que en este arbitraje se consideren también otros aspectos de la disputa concerniente a los derechos del Tratado, independientes del significado del Contrato, ni impide que este Tribunal interprete el Contrato al grado relevante para decidir sobre las supuestas violaciones del Tratado.<sup>53</sup>

El tribunal arbitral se declaró competente en consideración del Artículo X(2)(c) del TBI por la relación del IVA no devuelto y las cláusulas contractuales contenidas en el Contrato de Participación Petrolera celebrado entre el Ecuador y Occidental. El análisis en este caso no profundiza el significado de “cuestiones tributarias”, pero le da gran importancia a la relación contractual que surge de las partes a la luz del Contrato de Participación Petrolera. A efectos del Artículo X del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, la consideración de IVA englobaba una “cuestión tributaria” que se rige por sus reglas propias para su devolución. Sin embargo, para los términos del arbitraje, el trato nacional otorgado al IVA era un hecho que debía ser considerado para determinar el incumplimiento de las obligaciones contraídas entre Occidental y el Estado<sup>54</sup>.

El estudio de ambos casos refleja que aun cuando existen obligaciones de naturaleza tributaria en la relación entre el inversionista y el Estado, el reclamo por el incumplimiento de estas obligaciones no cuestiona la legalidad del ejercicio de las

---

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 20-21 ¶71.

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 21 ¶73.

<sup>51</sup> *Ibid.* ¶74.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 22 ¶74.

<sup>53</sup> *Ibid.* ¶75.

<sup>54</sup> JOHN BEECHEY. “Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador, Court of Appeal, Civil Division, A3/2005/1121, 9 September 2005” *Kluwer Arbitration*. United Kingdom, 9 de septiembre de 2015, p. 18.

potestades públicas sino el efecto que tuvo el ejercicio de estas potestades en el contrato y en la inversión. Aun con esta consideración, estos casos han recibido varias críticas.

A criterio del Procurador General del Estado de esa época, este tipo de decisiones corroe la soberanía de los Estados con la finalidad de favorecer a los inversionistas extranjeros frente a otros<sup>55</sup>. Por su parte, el doctor José Vicente Troya ha sido firme en señalar que estas controversias en sede arbitral “estaría[n] creando un odioso incursionamiento de contribuyentes diferentes y especiales frente a los demás en una sociedad, [...] violándose desde todo punto de vista los principios de generalidad e igualdad tributarias”<sup>56</sup>. Estas opiniones y la acusación internacional de la existencia de decisiones inconsistentes, actores parcializados, costos elevados y tiempos excesivos fueron factores determinantes para denuncia de los tratos<sup>57</sup>.

Con estos antecedentes, entre 2007 y 2010 el expresidente del Ecuador, Rafael Correa solicitó la denuncia de los TBI suscritos por el Ecuador a la Asamblea Nacional. En la solicitud de denuncia dirigida a la Asamblea, el expresidente alegó lo siguiente:

Los [TBIs] contienen cláusulas contrarias a la constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconocimiento de la jurisdicción ecuatoriana. Los tribunales arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de “inversión”, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido arbitrarias o discriminatorias.

Lo que es peor, a pesar que la mayoría de estos tratados han respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales la han desconocido en ocasiones, cuando han considerado que una medida tributaria es “confiscatoria”<sup>58</sup>

Aun cuando los TBI fueron denunciados, Ecuador no puede privar a sus inversionistas extranjeros de estándares de protección, por lo que se buscó dar otras alternativas para proteger las inversiones extranjeras. La Ley de Promoción y Garantía de

---

<sup>55</sup> *Vid*, DIEGO GARCÍA CARRIÓN. Críticas al mecanismo de solución de controversias inversionista-estado – Propuestas, *Ibíd.*, pp. 132-169.

<sup>56</sup> JOSÉ VICENTE TROYA Y PABLO EGAS REYES. “Tributación y arbitraje internacional. El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en el Ecuador”. *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, 2003, vol. 53, no 269, p. 41.

<sup>57</sup> *Vid*, GARY BORN. Investor-State and State-State Arbitration. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 419... *Óp. Cit.*

<sup>58</sup> RAFAEL CORREA DELGADO. Oficio No. no. 4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010.

Inversiones introdujo una institución tan poderosa que conserva vigencia aun cuando esta ley ya fue derogada, esta institución es el contrato de inversión<sup>59</sup>.

### **3.2 Contratos de inversiones: prohibición de someter a arbitraje los asuntos tributarios.**

Una institución diferente para brindar protecciones favorables a inversionistas es la del contrato de inversión. Los contratos de inversión son contratos administrativos<sup>60</sup> mediante el cual los Estados tienen un control directo de los beneficios que ofrecen a inversionistas<sup>61</sup>. A diferencia de un TBI, el contrato de inversión permite a los Estados decidir sobre las protecciones que brinda y los sujetos que se benefician de estas<sup>62</sup>. En este sentido, se aplica estándares de protección general a todos los inversionistas, pero incentivos específicos de acuerdo al caso concreto. La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones creó el contrato de inversión “con la finalidad de establecer con claridad el tratamiento otorgado por la [ley], evitando errores por interpretaciones a la misma”<sup>63</sup>.

La disposición derogatoria primera del COPCI, derogó la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones<sup>64</sup> y mantuvo el contrato de inversión con cambios importantes. El COPCI plasmó los incentivos tributarios que pueden ser otorgados, los métodos de solución de conflictos y los mecanismos de supervisión y regulación para el cumplimiento de los parámetros de inversión previstos en cada proyecto<sup>65</sup>. Además, mantiene la idea

---

<sup>59</sup> *Vid.*, LEY DE PROMOCIÓN Y GARANTÍA DE INVERSIONES. Registro Oficial 219 de 19 de diciembre de 1997.

<sup>60</sup> Los contratos de inversión son Contratos Administrativos de acuerdo a lo prescrito en el Art. 125 del Código Orgánico Administrativo. Publicado en el Registro Oficial 31 de 7 de julio de 2017.

<sup>61</sup> *Vid.*, DIEGO RICARDO GALÁN. Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia. *Estudios Gerenciales*, 2006, vol. 22, no 101, p. 115.

<sup>62</sup> *Vid.*, SAMUEL K. B. ASANTE. “Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process.” *The International and Comparative Law Quarterly* 28, no. 3, 1979, p. 403.

<sup>63</sup> LEY DE PROMOCIÓN Y GARANTÍA DE INVERSIONES. Art. 30. Publicado en el Registro Oficial 46 de 29 de diciembre de 1997. Derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>64</sup> *Vid.*, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Deposition Derogatoria Primera (j)... *Óp. Cit.*

<sup>65</sup> *Ibid.* Art. 25

con la que nació el contrato de inversión, esto es para precisar “el tratamiento que se le otorga a la inversión bajo el ámbito [del Código]”<sup>66</sup>.

Los contratos de inversión han tenido un éxito relativo en Ecuador. De acuerdo a las cifras del Banco Central del Ecuador, desde el 2011 el Ecuador ha firmado 116 contratos de inversión<sup>67</sup>. Además, cifras del Ministerio de Comercio Exterior indican que alrededor de 114 estaban en proceso de negociación para finales de 2018<sup>68</sup>.

Además de las protecciones generales que se establece a favor de inversionistas, los principales motivos para suscribir un contrato de inversión son dos: asegurar los beneficios tributarios dados al momento que inició la inversión y, en caso de que exista controversia, perfeccionar el consentimiento para someter a arbitraje las diferencias dadas a la luz del contrato<sup>69</sup>. A continuación, se estudiará las protecciones generales y el régimen de solución de controversias previsto en el contrato de inversión antes de la Ley de fomento productivo; las protecciones de naturaleza tributaria serán estudiadas en el siguiente capítulo [Ver § IV].

Las protecciones generales que se puede brindar a un inversionista se encuentran en el capítulo II del COPCI. Se establece protecciones respecto al trato no discriminatorio, al derecho a la propiedad (prohibición de expropiación) y libertades de la inversión<sup>70</sup>. El trato no discriminatorio se refiere a la obligación del Estado de brindar igualdad de condiciones económicas, políticas y sociales a favor del inversionista; consisten en tomar una posición imparcial, objetiva y lícita<sup>71</sup>. Esta obligación “esta enmarcada como una declaración proactiva, [n]o supone solamente un comportamiento pasivo del Estado”<sup>72</sup>,

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> BANCO CENTRAL DEL ECUADOR. *Estadísticas: contratos de inversión firmados*. Jueves, 6 de junio de 2019.

<sup>68</sup> *Víd*, PABLO CAMPAÑA. “Más de \$ 9.000 millones en contratos de inversión en Ecuador” ...*Óp. Cit.*

<sup>69</sup> *Víd*, PATRICIO ALARCÓN PROAÑO. “117 contratos de inversión están blindados de cambios tributarios” El Comercio.<https://www.elcomercio.com/actualidad/contratos-inversion-reformatributaria-matrizproduc-tiva-evagarcia.html> (acceso: 3/11/2019).

<sup>70</sup> *Ibíd.* Capítulo II.

<sup>71</sup> CRISTÓBAL DE LA CERDA. “Trato justo y equitativo en materia de inversiones.”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2007, p. 45.

<sup>72</sup> CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS Relativas a Inversiones. MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile. Caso CIADI No. ARB/01/7, 27 de febrero de 2007, p. 83.

sino tomar medidas que realmente eviten actos discriminatorios que perjudiquen a la inversión.

Por su parte, el derecho de la propiedad está previsto en el COPCI en referencia a lo prescrito en la Constitución y la ley<sup>73</sup>, es decir: el derecho a la propiedad en todas las formas y en cumplimiento de su “función social y ambiental”<sup>74</sup>. Sobre la base de la función social y ambiental, el COPCI justifica la expropiación de bienes inmuebles de manera excepcional<sup>75</sup>. En este sentido prescribe lo siguiente:

El Estado podrá declarar excepcionalmente y de acuerdo a la Constitución, la expropiación de bienes inmuebles con el único objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, de manera no discriminatoria y previa a la valoración y pago de una indemnización justa y adecuada de conformidad con la Ley<sup>76</sup>.

El COPCI no hace referencia específica a otros tipos de expropiaciones que puede darse en ejercicio de la potestad soberana del Estado, tal como la expropiación indirecta mediante tributos. Sin embargo, El COPCI prohíbe toda forma de confiscación<sup>77</sup>. En el siguiente capítulo se estudiará más sobre este tema [Ver § 4.2].

Finalmente, el COPCI establece medidas que promueven la libertad de la inversión. Estas son: libertad de producción y comercialización; libertad para acceder a procedimientos administrativos y judiciales; libertad de importación y exportación de bienes y servicios; libre transferencia al exterior de divisas; libre remisión de los recursos que se obtienen por la liquidación de las empresas; libertad para enajenar acciones; libre acceso al sistema financiero nacional y mercado de valores; y, libre acceso a los mecanismos de asistencia técnica, cooperación y tecnología<sup>78</sup>.

Además de los incentivos generales, el contrato de inversión ha establecido un régimen relativo al uso de mecanismos alternativos de solución de controversia. En este

---

<sup>73</sup> *Víd*, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES... Art. 18...*Óp. Cit.*

<sup>74</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 66 (26). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>75</sup> *Víd*, PABLO EGAS REYES. “La propiedad en la Constitución de 2008.” *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Corporación Editora Nacional, 2009, p. 332.

<sup>76</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES... Art. 18...*Óp. Cit.*

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Víd*, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Art. 19...*Óp. Cit.*

sentido, se ha previsto el uso de arbitraje y mediación para resolver las diferencias dadas entre inversionista y Estado<sup>79</sup>.

No obstante, antes de la reforma introducida por la Ley de Fomento Productivo, la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos dados en un contrato de inversión tenía que superar varias dificultades. El artículo 27 del COPCI —que fue derogado por la Ley de fomento productivo— prescribía que se podría pactar cláusulas arbitrales escalonadas para someter a arbitraje las controversias dadas en un Contrato de Inversión. Antes de acceder a arbitraje, se tenía que agotar la vía administrativa, después mantener un tiempo de enfriamiento o *cooling-off period* por un término de 60 días, posteriormente se debía optar por negociaciones directas, en caso de que no se resuelva por este método se debía comparecer a mediación por un lapso de tres meses<sup>80</sup>.

Aun cuando se haya superado estos requisitos, el COPCI establecía que el arbitraje se realizaría dentro de un tiempo inferior a seis meses una vez que se haya agotado la vía administrativa<sup>81</sup>. En caso de fenecimiento de este plazo, tendrían que ser conocidos en jurisdicción ordinaria<sup>82</sup>. Además, estaba vigente la disposición que prohibía someter a arbitraje los “asuntos tributarios”<sup>83</sup>. Es decir, bajo circunstancias remotas se podía conocer en sede arbitral una controversia dada a la luz de un contrato de inversión.

Aun cuando estas reglas fueron derogadas por la Ley de Fomento Productivo, existen 116 contratos de inversión que integran estas disposiciones que estuvieron vigentes al momento en que estos contratos fueron celebrados. No ha existido un desarrollo jurisprudencial respecto a los requisitos que perfeccionaban el consentimiento para someter a arbitraje las controversias de un contrato de inversión; aún menos, no ha existido una interpretación al alcance de la disposición sobre la cual se centra este estudio: “[n]o se someterá a arbitraje los asuntos tributarios”. Con la finalidad de entender el alcance de esta prohibición, a continuación, se estudiará las protecciones pactadas a favor de inversionistas que tienen carácter tributario.

---

<sup>79</sup> *Ibid.* Art. 27...*Óp. Cit.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Vid.* CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Art. 27...*Óp. Cit.* Derogado por Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*

\*\*\*

En este capítulo, se analizó los regímenes de solución de controversia existentes para las diferencias de naturaleza tributaria dados entre el Estado e inversionistas previstos antes de la promulgación de la Ley de fomento productivo.

En un primer momento, se analizó el tratamiento que dio los Tratados Bilaterales de Inversión durante el tiempo que estuvieron vigentes. Se evidenció que —aun cuando la mayoría de los tratados excluían los asuntos tributarios de las protecciones puestas a favor de los inversionistas— los TBIs celebrados con Canadá y Estados Unidos trataron de manera excepcional los conflictos que pueden surgir sobre cuestiones tributarias, tal como las medidas fiscales equivalentes a la expropiación, la transferencia de divisas y los acuerdos o autorizaciones tributarias en materia de inversión. Lo anterior permitió el desarrollo de jurisprudencia en sede arbitral que logró diferenciar la relación entre “impuestos” y “cuestiones tributarias”, así como la naturaleza contractual de los asuntos tributarios que forma parte de un acuerdo de inversión.

En un segundo momento, se analizó el contrato de inversión como mecanismo de protección a inversionista. Se identificó las protecciones e incentivos que motivan a celebrar un contrato de inversión a la luz del COPCI: desde las protecciones más generales hasta el régimen de solución de controversias previsto antes de la Ley de Fomento Productivo. Lo anterior, llevó a evidenciar los obstáculos que existían para que se conozca en sede arbitral los conflictos que podían surgir de un contrato de inversión, especialmente, respecto a los asuntos de naturaleza tributaria.

#### **IV. LAS OBLIGACIONES CON NATURALEZA TRIBUTARIA DEL CONTRATO DE INVERSIÓN.**

El trato tributario que recibe un inversionista es uno de los aspectos más importantes de una inversión debido a que los impuestos pueden generar cambios relevantes a los retornos financieros esperados<sup>84</sup>. La celebración de un contrato de inversión es atractiva debido a que permite generar obligaciones contractuales sobre el tratamiento tributario que se va a otorgar a la inversión por un determinado periodo de tiempo. Esto es relevante, especialmente en países con una política fiscal inestables como el Ecuador<sup>85</sup>.

A continuación, se estudiará en qué consiste el trato tributario que se da a los inversionistas en Ecuador bajo el régimen de contrato de inversión. Se expondrá: primero, los incentivos de carácter tributario que concede la ley [4.1]; segundo, la prohibición de expropiación mediante tributos [4.2]; y, finalmente, la obligación de estabilidad tributaria [4.3].

##### **4.1 Incentivos tributarios otorgados a favor de inversionistas.**

El COPCI promulgó la adopción de beneficios a favor de inversionistas bajo la ley tributaria aplicable<sup>86</sup>. Se generaron incentivos tributarios para inversionistas de tres tipos: generales; sectoriales y para el desarrollo regional equitativo; y, para zona deprimidas<sup>87</sup>.

En primer lugar, los inversionistas pueden beneficiarse de incentivos de carácter general. Estos incentivos están previstos en el COPCI para todos los inversionistas que realizan actividades económicas en el territorio nacional. De acuerdo al Código, estos incentivos son nueve<sup>88</sup>: (i) reducción progresiva de tres puntos de la tarifa de impuesto a

---

<sup>84</sup> *Vid*, FELIPE RUSINQUE. El establecimiento y la modificación de tributos como eventos susceptibles de alterar el equilibrio económico del contrato estatal. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 2018, vol. 19, p. 256.

<sup>85</sup> En 2019, la organización *World Justice Project* hizo público su estudio *Rule of Law Index* sobre la percepción del estado de derecho de 126 países en situaciones prácticas y cotidianas. Ecuador se ubica en el puesto 87 en el ranking mundial, sus puntos más débiles son influencia del gobierno en la administración de justicia y la inestabilidad legislativa. *Vid*, *World Justice Project*. Rule of law Index 2019. Latin America & Caribbean – Ecuador. Extraído de <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/ECU> (acceso: 14/09/2019).

<sup>86</sup> *Vid*, Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Art. 23... *Óp. Cit*.

<sup>87</sup> *Ibid.*, Art. 24.

<sup>88</sup> El Art. 23 del COPCI establece nueve beneficios generales para inversionistas. Sin embargo, es necesario hacer una crítica al régimen. De estos nueve beneficios, tan solo tres consisten en verdaderas novedades. El resto eran beneficios que ya estaban previstos en las normas tributarias vigentes, tal como beneficios de zonas económicas de desarrollo especial, gastos deducibles, etc.

renta; (ii) beneficios establecidos para economías de desarrollo especial; (iii) gastos deducibles para el cálculo de impuesto a la renta respecto a la mejora de productividad, innovación y producción eco-eficiente; (iv) diferimiento del pago de su impuesto a la renta y su anticipo hasta por cinco ejercicios fiscales<sup>89</sup>; (v) facilidades de pago en tributos al comercio exterior; (v) gasto deducible adicional por el pago del salario digno; (vi) exoneración de impuesto a la salida de divisas para operaciones de financiamiento externo; (vii) exoneración de anticipo de impuesto a la renta por cinco años para inversiones nuevas<sup>90</sup>; y, (viii) exclusión de los montos que correspondan a gastos efectivamente incurridos a favor del empleo o la innovación para el cálculo del anticipo de impuesto a la renta<sup>91</sup>.

En segundo lugar, existen beneficios tributarios destinados a inversiones que: (i) se desarrollan en zonas rurales y urbanas; (ii) fomentan el cambio de matriz energética; (iii) promueven la sustitución estratégica de importaciones; e, (iv) impulsan a las exportaciones. Los inversionistas que se subsumen a uno de estos supuestos se benefician de la exoneración del total de anticipo de impuesto a la renta por cinco años y la deducción del 100% adicional del costo o gasto de depreciación anual<sup>92</sup>. Estos beneficios están previstos de manera adicional a los beneficios generales.

Finalmente, se otorga protecciones específicas relacionados con el sector de producción y el lugar de la inversión (*i.e.* los incentivos tributarios dados por cambio a la matriz energética, a la sustitución estratégica de importaciones, al fomento de las exportaciones, así como para el desarrollo rural de todo el país y las zonas urbanas). El beneficio para estos inversionistas es la deducción adicional del 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores por cinco años<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> *Vid.*, LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO. Art. 12. Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

<sup>90</sup> El anticipo a impuesto a la renta puede que deje de ser un beneficio para el inversionista bajo el régimen de contrato de inversión de conformidad de las medidas económicas propuestas por el ejecutivo en octubre de 2019. Ver Cadena Nacional de Decisiones Económicas. Presidencia de la República. <https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/10/2019.10.01-DECISIONES-ECONOMICAS-1.pdf> (acceso: 01/10/2019).

<sup>91</sup> LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO. Art. 41... *Óp. Cit.*

<sup>92</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. 24 (m), numeral 2... *Óp. Cit.*

<sup>93</sup> *Ibíd.* Art. 24, numeral 3.

## 4.2 Prohibición de expropiación indirecta mediante tributos.

Una de las obligaciones más relevantes en el ámbito del derecho internacional de inversiones es la prohibición de expropiación<sup>94</sup>. La protección a la propiedad del inversionista por parte del Estado determina: para el primero, la expectativa de que su inversión tendrá rendimientos y, para el segundo, el incentivo de futuras inversiones<sup>95</sup>.

Aun cuando la protección a la propiedad de un inversionista parezca evidente, es un punto que afronta una gran tensión económica; el potencial éxito o fracaso de una inversión configuran circunstancias en las cuales el Estado tiene motivaciones para expropiar<sup>96</sup>. El éxito de la inversión expropiada puede generar rendimientos iguales o mayores a la indemnización que el Estado tendría que pagar en resarcimiento; por otra parte, el fracaso de una inversión no compensa los beneficios fiscales que el Estado ha dejado de percibir en virtud de incentivar la inversión<sup>97</sup>. Por estas razones, se busca evitar la existencia de todo tipo de expropiación<sup>98</sup>.

El COPCI protege la propiedad de inversionistas y prohíbe toda forma de “confiscación”<sup>99</sup>. La confiscación es un tipo de expropiación que hace referencia a la privación de la propiedad sin que exista compensación alguna<sup>100</sup>. El uso del término confiscación no es correcto para referirse a los tipos de expropiación que puede darse en ejercicio de la potestad pública. Esto en virtud que la confiscación se origina únicamente como una sanción dada por una actividad ilícita, mientras que la expropiación puede

---

<sup>94</sup> *Vid*, HARTMUT PICHT Y VOLKER STÜVEN. Expropriation of foreign direct investments: Empirical evidence and implications for the debt crisis. *Public Choice*, 1991, vol. 69, no 1, p. 19.

<sup>95</sup> *Vid*, JONATHAN THOMAS AND TIM WORRALL. “Foreign Direct Investment and the Risk of Expropriation.” *The Review of Economic Studies* 61, no. 1 (1994): 81. <http://www.jstor.org/stable/2297878>. (acceso: 14/09/2019).

<sup>96</sup> Eric BOND Y LARRY SAMUELSON, “Tax Holidays as Signals”, *American Economic Review*, 76, 1986, 822.

<sup>97</sup> El equilibrio que debe tener una inversión en cuanto a la protección y el beneficio genera una gran tensión económica, jurídica e incluso social. *Vid*, Bennett, D. and Sharpe, K. “Agenda Setting and Bargaining Power: The Mexican State vs Transnational Automobile Corporations”, *World Politics*, 1979, 32, 57.

<sup>98</sup> *Vid*, JURGEN KURTZ. “A General Investment Agreement in the WTO-Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment.” *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* 23, 2002, 713.

<sup>99</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Art. 18... *Óp. Cit.*

<sup>100</sup> *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Confiscación. Diccionario del español jurídico, 2019. (acceso: 04/11/2019).

perseguir fines sociales, económicas y políticos<sup>101</sup>. La expropiación directa e indirecta abordan de mejor manera todos los tipos de expropiación que pueden generarse.

Las medidas expropiatorias directas consisten en la privación de la propiedad sobre un determinado objeto<sup>102</sup>. No toda expropiación directa es ilegal, la expropiación directa que: (i) se realice por utilidad pública, (ii) de manera no discriminatoria, (iii) bajo reglas del debido proceso y, (iv) con el pago de una compensación justa no es considerada contraria al derecho de los inversionistas<sup>103</sup>.

Por su parte, las medidas de expropiación indirecta surgen cuando existe privación o reducción de los derechos de uso y goce económico de la inversión, así como en los derechos que surgen de la utilidad percibida<sup>104</sup>. Este tipo de expropiación puede tomar varias formas, lo que genera que no sea tan evidente el *animus expropriandi* por parte del Estado<sup>105</sup>. Por la dificultad que afronta su reconocimiento, los acuerdos de inversión han optado por referirse a este tipo de expropiación como “expropiación indirecta”, “expropiación de facto”, “expropiación constructiva”, “expropiación progresiva”, “medidas equivalentes a expropiación” o “medidas que tienen un efecto equivalente a la expropiación”<sup>106</sup>.

Las medidas equivalentes a la expropiación resultan de gran interés para el ámbito tributario, la potestad tributaria y la potestad impositiva de los Estados puede ser utilizado para disfrazar medidas expropiatorias. El *US Restatement of Foreign Relations Law* ha sugerido cuatro supuestos en los cuales se puede verificar expropiación mediante medidas

---

<sup>101</sup> *Vid*, JOSÉ ZAPATA SEVILLA, ET AL. Expropiación legislativa versus confiscación regulatoria. *Una distinción con ocasión de los procedimientos de resolución de entidades de crédito*. 2019, p. 23.

<sup>102</sup> *Vid*, YVES STEPHEN L. Y DRYMER FORTIER. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, Issue 2, Fall 2004, p. 81.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>104</sup> *Vid*, DOAK BISHOP, CRAIG MILES, ROBERTO AGUIRRE. “Tax Arbitration”. *LatinLawyer*, Vol 5 Iss, p. 7.

<sup>105</sup> *Vid*, JOSÉ AMADO Y BRUNO AMIEL. “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras” *Themis-Revista de Derecho*, 50, 2005, 68.

<sup>106</sup> *Vid*, YVES STEPHEN L. Y DRYMER FORTIER. INDIRECT Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, p. 87... *Óp. Cit.*

tributarias<sup>107</sup>. A continuación, se estudiará brevemente cada uno de estos supuestos y se revisará casos que respalda su entendimiento en sede arbitral.

- (i) *Medidas fiscales confiscatorias*: consisten en la aplicación de la potestad impositiva de manera abusiva en contra de inversionistas con la finalidad de recaudar impuestos. Un ejemplo de esto es el caso de compañía china Tza Yap Shum, accionista mayoritaria de la compañía fabricante y distribuidora de harina de pescado más grande de Perú. De acuerdo al laudo Tza Yap Shum c. República del Perú<sup>108</sup>, la compañía del inversionista afrontó un proceso de determinación tributaria en el cual se evidenció que no existían suficientes documentos de soporte de sus gastos. Consecuentemente, la administración tributaria peruana congeló todas sus cuentas bancarias como “medida provisional”. Estas medidas tuvieron un efecto negativo en la capacidad operativa de la compañía: la falta de liquidez redujo sus ventas en un 43% en un año. Posteriormente, bajo el TBI entre China y Perú se llevó la controversia a arbitraje. Un tribunal arbitral determinó la existencia de una expropiación indirecta en virtud que las medidas provisionales no se sustentaban en una base motivada para su aplicación; además, no existían circunstancias que pongan en riesgo el pago del impuesto determinado. Lo más grave, es que estas medidas tuvieron un impacto sustancial y severo en la inversión, lo que impidió su normal desarrollo como producto de la expropiación indirecta<sup>109</sup>
- (ii) *Medidas tributarias que impiden o interfieren injustificadamente con el uso o disfrute de la propiedad*: consisten en la promulgación de tributos que impiden o reducen las ganancias esperadas de una inversión. Este supuesto de tributación expropiatoria se suele relacionar con la aplicación de tributos sobre ganancias extraordinarias. Existe tres factores que pueden ayudar a determinar su existencia en el caso concreto. Esto es: (i) el impacto económico de la medida, (ii) la expectativa razonable del inversor y, (iii) la naturaleza, el carácter y el propósito de la medida<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> *Vid*, TRACEY EPPS. “Taxation and Expropriation”. *Otago Law Review* 13, no. 1, 2013, 153.

<sup>108</sup> *Vid*, CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. CASO *Tza Yap Shum c. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6. 19 de junio de 2009.

<sup>109</sup> *Vid*, SHEN WEI. The Good, the Bad or the Ugly? A Critique of the Decision on Jurisdiction and Competence in *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*. *Chinese Journal of International Law*, Volume 10, Issue 1, March 2011, p. 58.

<sup>110</sup> *Vid*, TRACEY EPPS. “Taxation and Expropriation”, p. 148... *Óp. Cit.*

Un ejemplo de este tipo de expropiación es el caso de *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*<sup>111</sup>. En 2006, Ecuador estableció tributos sobre ganancias extraordinarias en el precio del petróleo equivalente al 50% mediante la Ley 42. Después —en 2007— se promulgó el Decreto 662 que aumentó la tributación al 99%. El tribunal arbitral determinó el incumplimiento de las obligaciones con el inversionista en cuanto se limitó sus ganancias, lo que tuvo como efecto la reducción de la liquidez de la compañía hasta el punto de que solo permitió cubrir los costos de operación. Si bien no extinguió la inversión, el inversionista afrontó condiciones de operación muy por debajo de un nivel óptimo para el giro del negocio<sup>112</sup>.

(iii) *Medidas fiscales discriminatorias*: otra medida equivalente a la expropiación mediante tributos consiste en la aplicación de impuestos de manera arbitraria o como mecanismo persecutorio en contra de un inversionista específico. Bajo este supuesto, resulta relevante revisar el caso de *Quasar de Valores c. Federación Rusa*. Esta controversia refleja el ejercicio abusivo de potestades estatales para sancionar a inversionistas mediante tributos. Esta disputa inicia cuando la administración tributaria rusa determinó la existencia un comportamiento elusorio por parte del inversionista sobre impuesto a la renta. Sin embargo, no pudo sancionar al inversionista por falta de tipicidad del comportamiento en la ley. Consecuentemente, se buscó sancionar al inversionista por otros mecanismos y —mediante un proceso de determinación tributaria— estableció que el inversionista adeudaba 3.4 millones de dólares en razón del IVA causado en su producción. En sede arbitral, se determinó que no existía fundamento en las obligaciones tributarias determinadas<sup>113</sup>. Se llegó a la conclusión, que el Estado estaba usando la legislación tributaria como un mecanismo de persecución en contra del inversionista<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> *Vid*, CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso Ecuador Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/6. 12 de septiembre de 2014, p. 67.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>113</sup> Se relatan que el primer juez que conoció la demanda en sede judicial le dio la razón al inversionista y, consecuentemente, fue destituido. Los jueces que conocieron posteriormente el caso, y que fallaron en contra del inversionista, fueron promovidos y premiados por el Estado. *Vid*, PAUL B STEPHAN III “Taxation and Expropriation - The Destruction of the Yukos Empire”. *Houston Journal of International Law* 1, Forthcoming; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2012, p. 29.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 35.

(iv) *Impuestos diseñados para obligar a un extranjero a abandonar la propiedad o venderla a un precio inferior al del mercado*: existe otro tipo de conductas con efectos expropiatorios que tratan de desincentivar la inversión mediante la imposición de tributos que infieren de la capacidad contributiva del inversionista<sup>115</sup>. Esta práctica se realiza con la finalidad de que el inversionista se despoje de sus activos. Por ejemplo, este es el caso de la compañía minera Reynolds en Guyana. En 1970, el gobierno intentó adquirir una parte de la compañía, pero el inversionista rechazó la oferta. Cuando Reynolds se negó a acceder al plan del gobierno, Guyana empezó un proceso de determinación tributaria que culminó con un impuesto de 2.7 millones de dólares. Además, implementó impuestos a la producción que requerían un pago mínimo de 7 millones de dólares. Los valores exigidos por la administración tributaria eran equivalentes a un aumento de impuestos del 1630%. Finalmente, el gobierno de Guyana condonó lo adeudado por el inversionista con la condición de vender sus activos<sup>116</sup>. Aun cuando este caso no fue llevado a arbitraje, es útil para explicar el efecto que puede tener los tributos para desincentivar la propiedad sobre una inversión.

Los casos estudiados llevan a una conclusión: la expropiación indirecta puede valerse de la potestad tributaria e impositiva de los estados para limitar los derechos de propiedad de los inversionistas. Existen circunstancias específicas en las cuales se ha identificado la existencia de medidas tributarias equivalentes a la expropiación. Las medidas fiscales confiscatorias; las medidas tributarias que impiden o interfieren injustificadamente con el uso o disfrute de la propiedad; las medidas fiscales discriminatorias; e, impuestos diseñados para obligar a un extranjero a abandonar la propiedad pueden dar señales de una posible expropiación. No obstante, se debe tomar en cuenta el caso específico para determinar la existencia de una expropiación indirecta, no todo ejercicio regulatorio por parte de los Estados constituye una práctica expropiatoria<sup>117</sup>.

#### **4.3 Obligación de garantizar la estabilidad tributaria otorgada por el Estado.**

---

<sup>115</sup> *Vid.*, OECD “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, p. 45... *Óp. Cit.*

<sup>116</sup> *Vid.*, TRACEY EPPS. “Taxation and Expropriation” p. 154... *Óp. Cit.*

<sup>117</sup> *Vid.*, OECD “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, p. 4... *Óp. Cit.*

La obligación de garantizar estabilidad tributaria otorgada por el Estado fue plasmada en la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, que estuvo vigente hasta el 2010<sup>118</sup>. Después de su derogatoria, el COPCI y la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas recogieron en su texto la aplicación de este beneficio<sup>119</sup>. Desde su promulgación en el COPCI, la estabilidad tributaria ha sido modificada en cuatro ocasiones [Ver § Anexo 1].

La obligación de estabilidad tributaria es una obligación de no hacer<sup>120</sup>, en la cual el Estado se compromete a no aplicar un régimen jurídico tributario diferente al que el inversionista tenía conocimiento cuando decidió invertir en el país y, sobre la base del cual, decidió celebrar un contrato de inversión con el Estado<sup>121</sup>. Es por esto por lo que, mediante un acuerdo de estabilidad, se asegura la integridad básica de la inversión en contra de cualquier variación que disminuya sustancialmente los rendimientos o modifique las reglas en las que se desarrolló<sup>122</sup>. En otras palabras, congela las disposiciones esenciales del acuerdo con la finalidad de ser aplicadas en contra de cualquier acto legislativo o administrativo que derogue o sea inconsistente al ordenamiento jurídico vigente al momento que inició la inversión<sup>123</sup>.

En general, las cláusulas de estabilidad están dirigidas en particular a evitar: (i) el aumento de los impuestos; (ii) la imposición de cualquier cambio fiscal en el sector industrial o comercial que exceda las cargas previstas; y, (iii) la modificación de las leyes, tales como el régimen corporativo y fiscal que estaban vigentes en la fecha del acuerdo<sup>124</sup>.

En Ecuador, la estabilidad tributaria tiene un ámbito muy limitado. La principal restricción de la estabilidad tributaria consiste que beneficia solamente a inversionistas

---

<sup>118</sup> *Vid*, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Disposición derogatoria primera... *Óp. Cit*

<sup>119</sup> *Ibid*, Art. 25.; Ley Orgánica De Incentivos Para Asociaciones Publico Privadas. Art. 15. Registro Oficial 652 de 18 de diciembre de 2015.

<sup>120</sup> *Vid*, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. LIBERTAD de configuracion legislativa en materia de inversion extranjera... *Óp. Cit*.

<sup>121</sup> *Vid*, VICTOR UCKMAR, GIUSEPPE CORASINITI Y PAOLO DE' CAPITANI DI VIMERCATE. "Los contratos de estabilidad jurídica", p. 481... *Óp. Cit*.

<sup>122</sup> *Vid*, SAMUEL K. B. ASANTE. "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process." *The International and Comparative Law Quarterly* 28, no. 3, p. 405.

<sup>123</sup> *Vid*, VICTOR UCKMAR, GIUSEPPE CORASINITI Y PAOLO DE' CAPITANI DI VIMERCATE. *Ibid.*, p. 485.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 409.

que se desenvuelven en el campo de la minería metálica a mediana y gran escala<sup>125</sup>. Los demás inversionistas, pueden beneficiarse siempre que sus inversiones sean superiores a diez millones de dólares y exista un informe técnico realizado por el Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país<sup>126</sup>.

Aun cuando se otorgue estabilidad tributaria, existen varias limitaciones en consideración del impuesto y los elementos sobre los cuales recae. Al respecto, el COPCI establece lo siguiente:

[...] a) Para efectos de impuesto a la renta, la estabilidad se extenderá sobre todas las normas que permiten determinar la base imponible y la cuantía del tributo a pagar, vigentes a la fecha de suscripción del contrato de inversión. No aplicará sobre normas referentes a facultades, procedimientos, métodos y deberes formales que la administración tributaria emplee y establezca para el control y el ejercicio de sus competencias. b) La estabilidad tributaria podrá hacerse extensiva al impuesto a la salida de divisas y otros impuestos directos nacionales, exclusivamente respecto de las tarifas y exenciones de cada impuesto, vigentes a la fecha de suscripción del contrato de inversión. c) En el caso de las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, cuya producción se destine a la exportación, también podrán obtener estabilidad tributaria del impuesto al valor agregado, exclusivamente respecto de sus tarifas y exenciones<sup>127</sup>.

Es decir, respecto a impuesto a la renta, la estabilidad se restringe a la conciliación tributaria y la tarifa que le es aplicable al inversionista; el impuesto a la salida de divisas, y otros impuestos directos, pueden estar sujetos a estabilidad tributaria a potestad del Estado respecto a la tarifa y exenciones; y, el impuesto al valor agregado solo puede estar sujeto a estabilidad en caso de inversionista de minería metálica.

La vigencia de la estabilidad tributaria es equivalente el tiempo de vigencia del contrato de inversión suscrito por los inversionistas, *i.e.* 15 años que puede ser prorrogable por un máximo de 30 años<sup>128</sup>. Sin embargo, el inversionista puede perder de manera anticipada el beneficio de estabilidad tributaria en caso que la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial de la Producción tenga conocimiento del incumplimiento de las

---

<sup>125</sup> *Vid.*, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES. Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión. Art. (...) 1 ... *Óp. Cit.*

<sup>126</sup> *Ibíd.*, Art. (...) 2, numeral 1 y 2.

<sup>127</sup> Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Art. 32. Publica en Registro Oficial 450 de 17 de mayo de 2011; Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Art. (...) 3 (b)... *Óp. Cit.*

<sup>128</sup> *Ibíd.*, Art. 30.

obligaciones asumidas por el inversionista en cuanto a montos, plazos o requisitos de la inversión<sup>129</sup>.

Existen muchas críticas a la estabilidad tributaria en cuanto se cree que puede limitar el ejercicio de la potestad legislativa de los Estados y promueve la aplicación de un régimen discriminatorio frente a otros inversionistas. Estas ideas son equivocadas. En Ecuador, no han existido casos que analicen estas críticas, sin embargo, existe jurisprudencia extranjera que ha tenido un mayor desarrollo en el tema.

Por ejemplo, resulta relevante el criterio del Tribunal Constitucional de Perú respecto al caso *Jonhy Lescano Ancieta, et al. c. Telefónica del Perú S.A.A.* En este caso, los demandantes propusieron una acción de inconstitucionalidad en contra de una disposición de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada con el fin que se declare nulo el contrato de concesión otorgado a la compañía Telefónica del Perú S.A.<sup>130</sup>. Uno de los puntos que se discutió fue determinar si la estabilidad tributaria que se otorgaba al concesionario limitaba las potestades del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que la estabilidad tributaria es una garantía que se otorga a inversionistas la cual implica la aplicación de las normas vigentes al momento de suscribir los contratos<sup>131</sup>. En este sentido, la ley puede ser modificada o dejada sin efecto unilateralmente sin que esto afecte a la ley aplicable a la inversión<sup>132</sup>.

Otro criterio relevante proviene de la Corte Constitucional Colombiana en la acción de inconstitucional presentada por Héctor Hernán Mondragón Báez. En este proceso se demandó la aplicación de un régimen jurídico discriminatorio en contra de inversionistas de ciertos sectores de producción al establecer estabilidad tributaria a favor de determinados inversionistas<sup>133</sup>. La Corte Constitucional estableció que la estabilidad tributaria no resulta discriminatoria: el legislador puede otorgar un trato diferente, y más favorable, a un determinado grupo de inversionistas quienes asumen elevados riesgos

---

<sup>129</sup> *Ibíd.*, Art. 26.

<sup>130</sup> *Víd.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Jonhy Lescano Ancieta, et al. c. Telefónica del Perú S.A.A.* No. 005-2003-AI/TC de 3 de octubre del 2003, p. 22.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 45.

<sup>133</sup> *Víd.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Héctor Hernán Mondragón Báez c. Congreso de Colombia. Sentencia C-320 de 2006. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-320-06.htm> (acceso: 07/08/2019)

físicos y económicos con el fin de impulsar el desarrollo económico y social del conjunto de la población<sup>134</sup>.

Bajo estas consideraciones, la estabilidad tributaria no es discriminatoria, ni limita las potestades del Estado. La estabilidad tributaria es un incentivo que se brinda a los sujetos que pueden y quieren invertir con la finalidad de potenciar ciertos sectores de la economía. Además, la estabilidad tributaria no limita el ejercicio de la potestad legislativa del Estado; esta obligación permite que la ley cambie pero impide que esa nueva ley le sea aplicado al inversionista, o que de ser aplicada, el inversionista reciba la indemnización correspondiente.

\*\*\*

En este capítulo, se analizó los aspectos tributarios que forman parte de la relación contractual del inversionista y el Estado, la cual se compone de incentivos tributarios, prohibición de medidas expropiatorias mediante tributos y la obligación de garantizar estabilidad tributaria.

Los incentivos de naturaleza tributaria son privilegios que la ley prevé con la finalidad de promover la inversión. Estos beneficios son de tres tipos: generales, sectoriales y para el desarrollo regional equitativo y para zona deprimidas.

Por su parte, la prohibición de medidas expropiatorias mediante tributos consiste en la obligación del estado de abstenerse de reducir las ganancias de un inversionista mediante medidas fiscales expropiatorias. Se ha identificado cuatro escenarios en los que se puede expropiar mediante tributos, estos son: (i) las medidas fiscales confiscatorias, (ii) medidas tributarias que impiden o interfieren injustificadamente con el uso o disfrute de la propiedad, (iii) medidas fiscales discriminatorias y (iv) los impuestos diseñados para obligar a un extranjero a abandonar la propiedad.

Finalmente, la ley prevé la obligación de garantizar estabilidad tributaria. Esta obligación consiste en el deber del Estado de no aplicar un ordenamiento jurídico diferente al que estuvo vigente al momento en que se realizó la inversión. En Ecuador, la estabilidad tributaria tiene un ámbito limitado respecto al sector de producción y los impuestos que están sujetos a estabilidad.

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*

## V. LA LEY DE FOMENTO PRODUCTIVO EN DISPUTAS SOBRE ASUNTOS TRIBUTARIOS

La Ley de fomento productivo derogó la disposición del Art. 27 que mandaba: “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios”<sup>135</sup>. La derogación de esta disposición genera dudas respecto a su alcance, mientras se encontraba vigente. Esto es, por un lado, si es que dicha disposición solo confirmaba lo que parece obvio *i.e.* la imposibilidad de someter a arbitraje una potestad pública (el “asunto tributario” como producto del ejercicio de potestades fiscales del Estado) o si, por otro lado, significaba que un tribunal arbitral no podía ser competente respecto a cuestiones que estén relacionadas con “asuntos tributarios”. En este último caso, la consecuencia de la referida norma sería la imposibilidad de arbitrar los beneficios tributarios previstos en los contratos de inversión.

Para determinar el alcance de la prohibición, primero se analizará el concepto de asuntos tributarios a la luz del principio de legalidad [5.1]. Una vez que se haya determinado su alcance, se analizará la expresión “asuntos tributarios” en consideración al concepto de arbitrabilidad [5.2].

### 5.1 El principio de legalidad en “asuntos tributarios”: el cumplimiento de las obligaciones pactadas a favor de un inversionista.

El fin del arbitraje es dar una solución con carácter jurisdiccional a alguna controversia planteada por las partes, de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley<sup>136</sup>. En este sentido, por su naturaleza jurisdiccional<sup>137</sup> y para que tenga validez y eficacia dentro del ordenamiento, es necesario adaptar al arbitraje a los requisitos previstos en la ley<sup>138</sup>. De acuerdo a la Constitución, para la procedencia del arbitraje se requiere que este “se apli[que] con sujeción a la ley, en materias en las que por su

---

<sup>135</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Art. 27... *Óp. Cit.*

<sup>136</sup> *Ibíd.*, p. 449

<sup>137</sup> Existe un gran debate doctrinario respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. Se busca determinar si su naturaleza es jurisdiccional, contractual, mixta o autónoma. *Vid, Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá. “Jurisdicción Arbitral. Naturaleza Jurídica”. Jurisdicción y competencia I, 2014, p. 401-448.*

En este trabajo se ha optado por determinar que su naturaleza es jurisdiccional. Esto en virtud que la Constitución (Art. 190) lo reconoce como una excepción al principio de unidad jurisdiccional, como un mecanismo paralelo a la actividad jurisdiccional de la justicia ordinaria.

<sup>138</sup> *Vid, ROQUE CAIVANO. “Jurisdicción y arbitraje”. Control judicial en el arbitraje, 2011, p. 13.*

naturaleza se pueda transigir”<sup>139</sup>. A continuación, se analizará el requisito de legalidad o sujeción a la ley previsto en la Constitución respecto a los “asuntos tributarios”; y, posteriormente, el requisito de transigibilidad y su relación con el concepto de arbitrabilidad en los contratos de inversión.

El principio de legalidad tiene una aplicación particular respecto al derecho tributario por la necesidad que en éste se aplique la potestad tributaria de manera irrestricta<sup>140</sup>. Por lo tanto, resulta indispensable diferenciar por una parte, el principio de legalidad normativo y, por otra, un principio de legalidad aplicativo<sup>141</sup>.

La naturaleza normativa del principio de legalidad establece que la única manera para que se pueda crear, modificar o eliminar tributos es mediante la ley<sup>142</sup>. En esta esfera de la legalidad se ha establecido que:

(...) solo puede ser impuesta por el Estado sacrificios patrimoniales a sus súbditos mediante ley, esto es, mediante aquella fórmula jurídica, que, por ser expresión de una voluntad soberana, manifestada de forma solemnemente establecida, tiene virtud de obligar, al tiempo que permite, en su caso, la apertura de los mecanismos revisores previstos ante la jurisdicción.<sup>143</sup>

Es decir, el principio de legalidad normativo hace referencia a los derechos y obligaciones que genera la ley entre el contribuyente y el Estado. Es por esto que no resulta relevante el principio de legalidad en su ámbito normativo para determinar que se entiende por “asuntos tributarios”, sino que se refiere únicamente a la creación, modificación o extinción de tributos.

Por otra parte, el principio de legalidad aplicativo establece que todas las actuaciones de la administración pública se deben realizar en conformidad a la ley<sup>144</sup>. Esto a punto tal que todos los recursos y acciones en contra de los actos tributarios emitidos por la autoridad fiscal deben estar previstos en el Código Tributario<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Art. 190... *Óp. Cit.*

<sup>140</sup> *Ibíd.*, Art. 301.

<sup>141</sup> *Víd.*, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA Y ERNESTO LEJEUNE VALCÁRCEL. Derecho Tributario. Salamanca, Plaza Universitaria Ediciones, 2003, p. 34

<sup>142</sup> *Víd.*, CÓDIGO TRIBUTARIO. Art. 3. Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

<sup>143</sup> ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ. Arbitraje Internacional en materia tributaria. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 31.

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> En las XXII Jornadas de Latinoamericanas de Derecho Tributario, Pablo Egas manifestó que la reserva de ley y el principio de legalidad en Ecuador tiene un alcance relativo. Ello en virtud de que, conforme a la Constitución, los elementos que generan un tributo deben estar en la ley, pero no dice nada respecto a los elementos para la aplicación de las obligaciones tributaria; entre ellos, los mecanismos de

El principio de legalidad aplicativo resulta relevante para determinar el foro en donde deben ser conocidas las controversias de naturaleza tributaria que pueden originarse de un contrato de inversión. Esto en virtud que el Código Tributario se remite al COGEP y señala las únicas acciones que pueden utilizarse para reclamar en contra de los actos tributarios emitidos por las autoridades fiscales<sup>146</sup>.

De acuerdo a lo previsto en el COGEP, las acciones contencioso tributarias abarcan acciones de impugnación, acciones directas y acciones especiales<sup>147</sup>. De la revisión de estas acciones es posible determinar que ninguna de ellas permitiría un reclamo con base en el contrato de inversión, o con base en las diferencias que se pudiesen generar de la relación del inversionista y el Estado en razón de los beneficios tributarios que fueron concedidos. Es decir, no son considerados “asuntos tributarios” bajo ley tributaria.

Es lógico que el Código Tributario —a través del COGEP— no prevé acciones contencioso tributarias para resolver diferencias dadas por un contrato de inversión. El COPCI o el contrato de inversión se encargan de hacerlo. Los procesos en contra de la actuación de la administración tributaria en ejercicio de sus potestades tributarias, difieren de las controversias entre inversionista y Estado que pueden generarse de un contrato de inversión. Se puede evidenciar esto al analizar los elementos de ambos procesos: los sujetos, el objeto y la causa de las controversias<sup>148</sup>. En este sentido, se evidencian las siguientes diferencias:

---

solución de conflicto usados para buscar su cumplimiento. *Víd*, Mario Alejandro Flor y Juan Carlos Peñafiel. “El arbitraje tributario interno”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 4. 2012, p. 123.

En contraste a esta posición, es necesario observar el art. 4 del Código Tributario respecto a la reserva ley. Por una parte, esta disposición establece que necesariamente los elementos del tributo, exenciones y deducciones deben estar prescritos en la ley. Por otra parte, establece que “los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley [deben] concederse conforme a este Código”. Es decir, aun cuando la constitución solo exija que los elementos del tributo deben encontrarse en la ley, el Código Tributario exige que los reclamos y recursos deben estar previstos por ese cuerpo normativo.

<sup>146</sup> *Víd*, CÓDIGO TRIBUTARIO. Art. 3... *Óp. Cit.*

<sup>147</sup> *Víd*, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Arts. 319. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

<sup>148</sup> *Víd*, MAITE GRÜNSTEIN. Derecho Procesal Civil. *Revista chilena de derecho privado*, 2017, no 28, p. 389.

ACTIVIDAD IMPOSITIVA Código Tributario	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL COPCI
Los sujetos en la relación jurídico procesal son la administración tributaria y el contribuyente	Los sujetos en la relación jurídico procesal son el inversionista y el Ministerio de Producción Comercio Exterior Inversiones y Pesca.
El objeto de la controversia son las obligaciones tributarias prevista en la Ley (e.g. Impuesto a la renta, Impuesto al valor agregado previstos en la Ley de régimen tributario interno; Impuesto a la salida de divisas previsto en la Ley reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, etc.)	El objeto de la controversia son las obligaciones contractuales pactadas en el contrato de inversión
Las causas pueden ser múltiples: vr.gr. un acto administrativo de determinación tributaria, una liquidación de pago por diferencias en declaración, una resolución que rechaza la devolución de un impuesto pagado indebidamente o en exceso, etc.	La causa es el incumplimiento de una de las obligaciones de naturaleza tributaria prevista en el contrato de inversión.

Se evidencia que estos dos reclamos son diferentes. En el primer supuesto, los mecanismos que prevé el Código Tributario a través del COGEP, resuelven un reclamo por la actividad de la administración tributaria como encargada de ejercer su potestad normativa, resolutoria, determinadora, recaudadora y sancionadora. En el segundo supuesto, los mecanismos que prevé el contrato de inversión celebrado bajo el COPCI, resuelven un reclamo por el incumplimiento de una obligación contractual pactada entre el inversionista y el Estado.

Lo anterior invita a que se busquen los mecanismos que prevé la ley para la resolución de controversias originadas por un contrato de inversión. Por la naturaleza administrativa de este tipo de contratos, se debe observar las acciones previstas en la ley para los contratos administrativos, para verificar su aplicabilidad. Generalmente, los jueces de lo contencioso administrativo tienen competencia para conocer los reclamos ocasionados por el incumplimiento del contrato administrativo. En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial prescribe lo siguiente:

Art. 217.- Atribuciones y deberes. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 4. Conocer y resolver las demandas que se

propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria [...] <sup>149</sup>.

De este modo, en principio, el incumplimiento de un contrato administrativo es competencia de los jueces de lo contencioso administrativo. Esto a diferencia de un reclamo en contra del ejercicio de la potestad impositiva ejercida de la administración tributaria, en el cual la competencia radica en los jueces de lo contencioso tributario <sup>150</sup>. Sin embargo, el mismo código restringe la competencia de los jueces de lo contencioso administrativo, pues expresamente prevé que la materia tributaria no podrá ser de su conocimiento. Por la naturaleza de las obligaciones de carácter tributario contenidas en el contrato de inversión suscrito con base en el COPCI, se podría entender que la referida limitación también les alcanza. De este modo, en el caso de un contrato de inversión no existiría competencia de los jueces de lo contencioso administrativo ni tributario. Así, la única vía plausible para dirimir las controversias respecto de los beneficios tributarios otorgados en este tipo de contrato sería el arbitraje.

En cumplimiento del ámbito aplicativo del principio de legalidad, no se limita el derecho de acción del inversionista a los mecanismos bridados por el Código Tributario, a través del COGEP. Aun cuando se intente recurrir a la vía contencioso administrativa, este tipo de controversias encuentra una limitación a lo prescrito en el COFJ en cuanto excluye la materia tributaria de la competencia de estos jueces. Esto quiere decir que, sobre la base del principio de legalidad, es plausible someter a la jurisdicción arbitral las controversias originadas del incumplimiento de las obligaciones de naturaleza tributaria previstos en el contrato de inversión. Por lo tanto, la expresión “asuntos tributarios” que preveía el Artículo 27 del COPCI no limita la posibilidad de arbitrar los beneficios tributarios previstos en el contrato de inversión.

## **5.2 El estándar de arbitrabilidad en asuntos tributarios: el incumplimiento de obligaciones de naturaleza tributaria en el contrato de inversión.**

---

<sup>149</sup> *Ibíd.* Art. 217.

<sup>150</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Art. 217. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009. “Art. 219.- Les corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso tributario: 1. Conocer y resolver las controversias que surgen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros por actos que determinen las actuaciones tributarias o que establezcan responsabilidades de las mismas o por las consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de las leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario”

Tal como se mencionó, la Constitución requiere que para la procedencia del arbitraje, este “se apli[que], [...] en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”<sup>151</sup>. Es por esto que el análisis de arbitrabilidad parte de las disposiciones del contrato de transacción. El Código Civil define a la transacción como un negocio jurídico por el cual “las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”<sup>152</sup>. La procedencia de este tipo de contratos encuentra su límite en aquellos derechos que no pueden ser dispuestos o renunciados por las partes. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la transacción “contiene declaraciones que, en esencia, no son otra cosa que la renuncia de los respectivos derechos”<sup>153</sup>.

Resulta difícil entender el arbitraje mediante la transacción ya que estas dos instituciones mantienen grandes diferencias. “El sentido del arbitraje es distinto: se conviene en él, no para terminar una controversia, sino para trazar un camino que permita solucionarla”<sup>154</sup>. Es decir, el arbitraje asienta las bases para que un conflicto sea resuelto, mientras que la transacción establece concesiones recíprocas entre las partes con la finalidad de poner fin a un asunto litigioso<sup>155</sup>. Además, la transacción parte de la premisa que las partes ya ostentan un derecho que puede ser renunciado, mientras que el arbitraje busca verificar la existencia de un derecho frente a una situación litigiosa<sup>156</sup>.

Dadas estas grandes diferencias entre transacción y arbitraje, la posibilidad de someter a arbitraje una controversia parte de un análisis de arbitrabilidad<sup>157</sup>. Bajo este concepto se forma la competencia del árbitro para juzgar un conflicto sometido a su conocimiento<sup>158</sup>. La determinación de competencia se realiza en razón de la persona,

---

<sup>151</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 190... *Óp. Cit.*

<sup>152</sup> CÓDIGO CIVIL. Art. 2348. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>153</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación. Causa No. s/n., de 8 de diciembre de 1970. Publicado en la Gaceta Judicial, Año LXXV, Serie XI, No. 10, p. 1439

<sup>154</sup> JUAN PABLO AGUILAR. “Derecho Administrativo y transigibilidad”<sup>154</sup>. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 251.

<sup>155</sup> *Vid*, L. MARTÍNEZ VÁSQUEZ. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid: Civitas, 1991, p. 104.

<sup>156</sup> *Vid*, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO. “Orden público y arbitrabilidad: dúo-denámico del arbitraje”. *Revista Auctoritas Prudentium* 1, 2008, p. 18.

<sup>157</sup> *Vid*, DANIEL RESTREPO SOTO. “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”. *Eafit Journal of International Law*, No. 5, 2014, p. 66

<sup>158</sup> *Vid*, MARÍA ÁNGELES GARCÍA. *Alternativas Convencionales en el derecho tributario*. Madrid, Marcial Pons, p. 133-134.

voluntad y materia<sup>159</sup>. La competencia en razón de la persona es determinada por las partes de la relación jurídico procesal, es decir quienes dieron su voluntad para someterse a arbitraje<sup>160</sup>. A su vez, la competencia en razón de la voluntad determina la existencia de un acuerdo para arbitrar<sup>161</sup>. Finalmente, la competencia en razón de la materia se refiere a los derechos u obligaciones que son objeto de la disputa<sup>162</sup>. A efecto de este trabajo, el enfoque de la arbitrabilidad de los asuntos tributarios se hace respecto a la competencia en razón de la materia.

La competencia en razón de la materia requiere que se observe la aptitud que tienen los derechos y obligaciones —objeto de la disputa— para ser sometidos a arbitraje<sup>163</sup>. Esta aptitud, lejos de limitarse a la posibilidad de disponer del objeto de la disputa, se encuentra establecida en la ley<sup>164</sup>. En el caso de los contratos de inversión celebrados antes de la Ley de fomento productivo se encontraba vigente la disposición que prohibía que los asuntos tributarios sean que sean sometidos a arbitraje. Por lo tanto, esta disposición se integró al texto del contrato<sup>165</sup>.

La ley prescribió la restricción de someter a arbitraje los asuntos tributarios, pero no definió cuál era su alcance. Dado que una de las partes más importantes de un contrato de inversión son las incentivos y protecciones tributarias que lo conforman [Ver § IV], es de gran relevancia darle un significado a los derechos y obligaciones que se entienden como “asuntos tributarios”.

---

<sup>159</sup> *Vid*, ROQUE CAIVANO. “La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada”. Universidad del Rosario, 2008, p. 233.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>161</sup> *Vid*, GARY BORN. “Critical elements of international arbitration agreement.” *International Arbitration: Law and Practice*, p. 35... *Óp. Cit.*

<sup>162</sup> *Vid*, DANIEL RESTREPO SOTO. “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”, p. 70... *Óp. Cit.*

<sup>163</sup> *Vid*, NURIA BOUZA VIDAL. “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral.” *Revista Española De Derecho Internacional*, vol. 52, no. 2, 2000, p. 382.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>165</sup> CÓDIGO CIVIL. Art. 7 (18). ... *Óp. Cit.* “Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: 18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”

Para esto, se ha planteado dos perspectivas que pueden ayudar a descifrar el significado de “asuntos tributarios” a la luz de un contrato de inversión. Desde un punto de vista, los reclamos que guardan relación con tributos podrían ser entendidos como asuntos tributarios, incluyendo reclamos contractuales de obligaciones relativas a “tributos” o relacionados con “tributos”. Desde otro punto de vista, los reclamos contractuales —aunque provengan de un acto tributario— no son asuntos tributarios sino contractuales.

Respecto a la primera perspectiva, “asuntos tributarios” incluiría a las obligaciones de naturaleza tributaria que forman parte del contrato de inversión. Es decir, los reclamos que guardan relación con alguna de las obligaciones estudiadas en la cuarta sección de este trabajo. Esto implicaría que el incumplimiento de estas obligaciones —al tener un carácter tributario— debe ser conocido por cortes locales en lugar de un tribunal arbitral, y, específicamente, por jueces de lo contencioso administrativo.

Respecto a la segunda perspectiva, “asuntos tributarios” se referiría a la obligación de dación dineraria que un sujeto pasivo debe observar a favor del Estado, que generalmente persigue una finalidad fiscal<sup>166</sup>. Es decir, tributos propiamente dichos. Bajo este supuesto, la prohibición de someter a arbitraje los asuntos tributarios sería irrelevante para determinar la competencia de las diferencias que se pueden formar por el incumplimiento de una de las obligaciones estudiadas en la cuarta sección de este trabajo, en sede arbitral. Las disputas sobre estas obligaciones siempre podrían ser llevadas a arbitraje.

El reclamo por incumplimiento del contrato de inversión —aunque venga de un acto tributario— no versa sobre asuntos tributarios, sino sobre asuntos contractuales. Esto en virtud que no se disputa la existencia de una obligación tributaria que debe ser cumplida, se disputa el cumplimiento de una obligación contractual pactada con un inversionista.

Si se adopta esta posición, la disposición que prescribía “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios” no limitaba la competencia de un tribunal arbitral. Esto debido a que no existe restricción para conocer incumplimientos contractuales<sup>167</sup>. Los

---

<sup>166</sup> *Vid.*, ALEJANDRO A. MAGALLANES, SALDAÑA. *Curso elemental sobre derecho tributario*. Ediciones Fiscales ISEF, 2005, p. 43.

<sup>167</sup> *Vid.*, FERNANDO POMAR GÓMEZ. El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*, 2007, no 3, p. 235.

incumplimientos de las obligaciones de naturaleza tributaria se conocen al igual que cualquier otro incumplimiento de contrato, los cuales son arbitrables a toda luz<sup>168</sup>.

Esta última posición guarda una relación más acertada frente al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto debido a que resulta clara la distinción entre los derechos/obligaciones de naturaleza tributaria, que forman parte del contrato de inversión, y los derechos/obligaciones tributarias que vinculan a todos los residentes fiscales del Ecuador.

Con este antecedente, resulta relevante la conclusión del tribunal arbitral que conoció el caso *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*: la obligación contractual del Estado no guarda relación con su potestad fiscal<sup>169</sup>. La controversia entre el inversionista y el Estado no busca arbitrar el ejercicio de su potestad impositiva, el inversionista pretende que se ejecuten los efectos del incumplimiento a una obligación contractual pactada en el contrato de inversión, en virtud de las cuales el Estado contrajo alguna de las obligaciones estudiadas anteriormente.

Dada la prohibición que prescribía el COPCI, resulta indispensable cuestionar: ¿era necesario que exista una prohibición expresa para que se limite la competencia de los árbitros frente al ejercicio de las potestades fiscales?

El ordenamiento jurídico ecuatoriano tiende a demostrar que no era necesario que exista una prohibición expresa. El Código Orgánico Administrativo plasma principios que rigen la administración pública y —entre ellos— resulta relevante referirse al principio de juridicidad y principio de interdicción de la arbitrariedad. De acuerdo al principio de juridicidad, el COA prescribe que “[l]a actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al [COA]”<sup>170</sup>. Incluso, la discrecionalidad reglada que pueden ejercer los organismos de la función administrativa debe realizarse de conformidad al “[d]erecho”<sup>171</sup>. A su vez, el principio de interdicción de la arbitrariedad establece que las

---

<sup>168</sup> *Vid.*, GARY BORN. “Critical elements of international arbitration agreement.” *International Arbitration: Law and Practice*, p. 37... *Óp. Cit.*

<sup>169</sup> *Vid.*, CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*. p. 44 ¶182... *Óp. Cit.*

<sup>170</sup> CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO. Art. 14. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

<sup>171</sup> *Ibíd.*

manifestaciones de la administración deben regirse por el principio de juridicidad e igualdad<sup>172</sup>.

En otras palabras, el ejercicio de las potestades soberanas del Estado no puede ser impuesto o atribuido a la decisión de un tribunal arbitral, independientemente a la existencia de una prohibición que expresamente lo confirme. En este sentido, la disposición “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios” confirmaba lo que es obvio, la imposibilidad de someter a arbitraje los actos emitidos por la autoridad tributaria, en ejercicio de la facultad impositiva.

\*\*\*

Este capítulo tuvo como objetivo darle un significado a la disposición que establecía “[n]o se someterá a arbitraje los asuntos tributarios”, contenida en el Artículo 27 del COPCI, que fue derogado por la Ley de fomento productivo. En función de cumplir esta finalidad, se utilizó el principio de legalidad y el estándar de arbitrabilidad en razón de la materia.

Respecto al principio de legalidad, se analizó su alcance en el derecho tributario. El referido principio resultó determinante en el ámbito de la legalidad que se refiere a la actuación de la administración pública frente al contribuyente, así como las acciones dadas por la ley para resolver conflictos que puedan surgir entre ellos. A la luz de la legalidad aplicativa, se evidenció que la solución de controversias de naturaleza tributaria en un contrato de inversión no está regulada entre las acciones previstas por la ley. La legalidad que se materializa en los mecanismos previstos en el Código Tributario, a través del COGEP, están destinados a resolver controversias dadas en razón de la actividad de la administración tributaria, encargada de ejercer potestades soberanas fiscales, lo cual se diferencia respecto a los sujetos, el objeto y la causa de una controversia originada por el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza tributaria pactadas en un contrato de inversión. El COPCI y el contrato de inversión brindan los medios para resolver las controversias que se originen a partir de la relación contractual del inversionista y el estado, a través del arbitraje.

Respecto a la arbitrabilidad de los “asuntos tributarios”, se buscó entender los derechos y obligaciones que componen la relación contractual del contrato de inversión

---

<sup>172</sup> *Ibíd.* Art. 18.

que pueden ser puestos a conocimiento de un tribunal arbitral. En virtud de esto, se establecieron dos perspectivas para determinar el alcance de asunto tributario. Por una parte, “asuntos tributarios” como las obligaciones de naturaleza tributaria que componen el contrato de inversión. Por otra parte, “asuntos tributarios” como la obligación de tributar de conformidad con lo previsto en la ley. Esta distinción tiene efectos jurídicos trascendentales en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje los contratos de inversión celebrados antes de la Ley de fomento productivo. En el primer supuesto, las controversias en los contratos celebrados con anterioridad no pueden ser sometidas a arbitraje. Necesariamente deben resolver su controversia en sede judicial, frente a jueces de lo contencioso administrativo que carecerían de competencia para resolver el reclamo. En el segundo supuesto, las diferencias de los contratos de inversión sobre sus obligaciones tributarias siempre pudieron ser sometidas a arbitraje. Esto en virtud que los derechos y obligaciones que se disputan son contractuales, aun cuando su incumplimiento provenga de un acto tributario.

En este sentido, la prohibición “[n]o se someterá a arbitraje los asuntos tributarios” confirmaba lo que es evidente, esto es la imposibilidad de someter a arbitraje los actos emitidos por la autoridad tributaria en ejercicio de su facultad impositiva.

## VI. CONCLUSIONES

Existen 116 contratos de inversión que fueron celebrados cuando la prohibición de someter a arbitraje los “asuntos tributarios” estuvo vigente. A partir de la derogatoria a esta disposición, la finalidad de este trabajo fue darle un significado a la expresión “asuntos tributarios”, para así entender el efecto que tuvo este cambio en la ley.

Al iniciar este estudio se consideraba que la modificación permitía que los conflictos de obligaciones de naturaleza tributaria de contratos de inversión, celebrados con posterioridad a la Ley de fomento productivo, podrían ser conocidos en sede arbitral; y, que parecería que la consecuencia de aquello es que los contratos celebrados con anterioridad no prevén esta posibilidad. Sin embargo, el análisis realizado demostró que un tribunal arbitral siempre pudo conocer alguna controversia derivada del incumplimiento de los beneficios tributarios, pactados en un contrato de inversión.

Se llegó a esta conclusión gracias a dos elementos que exige la ley para la procedencia del arbitraje: (i) el principio de legalidad que rige las acciones que la ley otorga para impugnar actos de naturaleza tributaria y (ii) la arbitrabilidad en la razón de la materia de los derechos disputados en sede arbitral.

En el caso del principio de legalidad, se logró determinar que la ley tributaria no considera como “asuntos tributarios” los conflictos dados por el incumplimiento de una obligación del contrato de inversión. Las disposiciones que prescriben las acciones en contra del ejercicio de potestades fiscales del Estado, que se sustancian ante los jueces de lo contencioso tributario, no prevén el incumplimiento de este tipo de contrato. Ello debido a que el contrato de inversión, aun cuando tenga obligaciones de carácter tributario, no es un asunto tributario, sino un asunto contractual de carácter tributario, por lo que una acción ante los jueces de lo contencioso administrativo tampoco sería procedente. De este modo, el arbitraje sería la vía plausible para sustanciar el reclamo.

Por su parte, la arbitrabilidad ayudó a determinar qué derechos y obligaciones pueden ser sometidos a arbitraje en el marco de un contrato de inversión, tomando en cuenta que lo importante dentro del referido análisis no es la transigibilidad de la materia, sino la posibilidad de acudir a arbitraje prevista en la ley. Esto llevó a la conclusión que la expresión “asuntos tributarios” debe entenderse como la obligación dineraria que debe pagar un contribuyente al Estado, para cumplir un fin fiscal. Por lo tanto, no afecta a las disputas que resultan del contrato de inversión en donde se aborda un tema contractual.

Por lo expuesto, el derogado Artículo 27 del COPCI preveía la prohibición de arbitrar “asuntos tributarios” para cumplir la función de limitar que se conozcan las controversias, generadas por el ejercicio de las potestades fiscales, en sede arbitral. En otras palabras, esta disposición confirmaba lo obvio: la imposibilidad de someter a arbitraje las potestades públicas. En caso que un contrato de inversión celebrado después de la reforma incorporé una cláusula similar, el mismo análisis resulta aplicable, al igual que el arbitraje, en todos los casos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Juan Pablo. "Derecho Administrativo y transigibilidad". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 6, 2014, 249-269.
- Aguilar, Juan Pablo. "Sobre las materias arbitrales en el Derecho Administrativo." *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 2, 2009, p. 19-30.
- Aguirre Guzman, Vanessa. "La ejecución de los laudos internacionales en Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 6. 2014, pp. 83-106.
- Alarcón Proaño, Patricio. "117 contratos de inversión están blindados de cambios tributarios" El Comercio. <https://www.elcomercio.com/actualidad/contratos-inversion-reformatributaria-matrizproductiva-evagarcia.html>.
- Alona Evans. "Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale De L'Industrie Du Papier (RAKTA). 508 F.2d 969." *The American Journal of International Law* 69, no. 4 (1975): 897-99. doi:10.2307/2200642.
- Amado, José Daniel, and Bruno Amiel. "La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras." *THÉMIS-Revista de Derecho* 50 (2005): 59-68.
- Bakvis, Peter. "Libre comercio en Canada: experiencia del tratado bilateral y perspectivas sobre el libre comercio trilateral Canada-Estados Unidos-Mexico" *Indicadores Económicos FEE* 21.2, 1993, p. 182-188.
- Banco Central del Ecuador. Estadísticas: contratos de inversión firmados. Jueves, 6 de junio de 2019.
- Baraona Vivar, Silvia. "Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A. e Italia". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XIV. 1998.
- Beechey, John. "Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador, Court of Appeal, Civil Division, A3/2005/1121, 9 September 2005" *Kluwer Arbitration*. United Kingdom, 9 de septiembre de 2015, pp. 1-19.
- Bennett, D. and Sharpe, K. "Agenda Setting and Bargaining Power: The Mexican State vs Transnational Automobile Corporations", *World Politics*, 1979, 32, 57-89.
- Bishop, Doak, Miles, Craig y Aguirre, Roberto. "Tax Arbitration". *LatinLawyer*, Vol 5 Iss 7.
- Bjorklund, Andrea K. The emerging civilization of investment arbitration. *Penn St. L. Rev.*, 2008, vol. 113.
- Bond, E. and Samuelson, L., "Tax Holidays as Signals", *American Economic Review*, 76, 1986, 822.
- Born, Gary B. Investor-State and State-State Arbitration. *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2012, pp. 418-444.
- Bouza Vidal, Nuria. "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral." *Revista Española De Derecho Internacional*, vol. 52, no. 2, 2000, pp. 371-394. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/44298512](http://www.jstor.org/stable/44298512).

- Caivano, Roque J. "Arbitrabilidad y orden público". *Foro Jurídico*, 2013, no 12, p. 62-78.
- Caivano, Roque J. "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene." *Revista de Derecho Privado*, 2012, p. 3-53
- Caminiti, Franz Kundmüller. Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público. *Revista de Derecho Administrativo*, 2009, no 7, p. 285-296.
- Campaña, Pablo "Más de \$ 9.000 millones en contratos de inversión en Ecuador". *El Universo*. 23 de diciembre de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/12/23/nota/7109640/mas-9000-millones-contratos-inversion>
- Carbonell, Miguel, and Pérez Karla. "Principio de legalidad." *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México* (1999).
- Casàs, José Osvaldo. "Los mecanismos alternativos de resolución de controversia tributarias en Italia y América del Sur". *Revista di diritto tributario internazionale*. No. 9. (2002), p. 49-88.
- Cassagne, Juan Carlos y García de Enterría, Eduardo. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. B de F, 2016.
- Castro Montero, José Luis y Llanos Escobar, Santiago. *La Acción de Protección como mecanismo de garantía de los derechos*. VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015.
- Cooter, Robert D. y Rubinfeld, Daniel L. An economic model of legal discovery. *The Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 23, no S1, p. 435-463
- Correa Delgado, Rafael. Oficio No. no. 4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010.
- Cremades. Bernardo. "El arbitraje en la doctrina constitucional española", en *Revista Lima Arbitration*, No. 1, Lima, Círculo peruano de arbitraje, 2006, pp. 185-220.
- Cruz de Quiñonez, Lucy. "El arbitraje y el derecho tributario". *Revista 78*. Bogotá: Universidad Externada de Colombia Ediciones. 2010.
- Cruz Padial, Ignacio. "El arbitraje tributario: una opción de futuro en la terminación convencional de procedimientos". *Carta Tributaria*. 1999.
- Chinloy, Peter, and Daniel T. Winkler. "Contract Incentives and Effort." *The Journal of Real Estate Research* 32, no. 4, 2010, pp. 397-412. <http://www.jstor.org/stable/24888354>.
- De la Cerda, Cristóbal. "Trato justo y equitativo en materia de inversiones.". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2007.
- Delado Ratto y A. Valle. *Memorias XVII Jordanas Colombianas de Derecho Tributario*, t.I. Cartagena de Indias, icdt. 2003, p. 238.
- Delgado Ratto, Ceciclia. El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias en materia tributaria en el Perú. En Universidad de Lima (Ed.), Libro homenaje Facultad de Derecho, *Fondo Editorial Universidad de Lima*, 2006, pp. 103-131.

- Diccionario del español jurídico. Real Academia Española, 2019.
- Diego Ricardo Galán. Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia. *Estudios Gerenciales*, 2006, vol. 22, no 101, p. 111-121.
- Dolzer, Rudolf, and Christoph Schreuer. *Principles of international investment law*. Oxford University Press, 2012.
- Egas Reyes, Pablo. “La propiedad en la Constitución de 2008.” *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Corporación Editora Nacional, 2009, p. 329-352
- Epps, Tracey. “Taxation and Expropriation”. *Otago Law Review* 13, no. 1, 2013, 145-166.
- Flor, Mario Alejandro y Peñafiel, Juan Carlos. “El arbitraje tributario interno”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 4. 2012, pp. 115-132.
- Francisco Paredes. “La Ley para el Fomento Productivo fortalece el arbitraje internacional en el Ecuador”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. XI, No. 1, 2018, pp. 771–776.
- Galindo, Álvaro. “Los sistemas de protección de inversiones están cambiando”. *Revista Líderes*. <https://www.revistalideres.ec/lideres/alvaro-galindo-sistemas-proteccion-inversiones.html> (acceso: 14/10/2019)
- García Carrión, Diego. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. “*Visión Crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador*”. Procuraduría General del Estado. Gestión 2008-2016.
- García Frías, María Ángeles. *Alternativas Convencionales en el derecho tributario*. Madrid, Marcial Pons, pp. 128-164.
- Gildemeister, Arno E. Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation?. *ICSID Review*, 2014, vol. 29, no 2, p. 315-320.
- Gonzales García, Eusebio y Lejeune Valcárce, Ernesto. *Derecho Tributario*. t. 1. Salamanca: Plana Universitaria Ediciones. 2003.
- González de Cossío, Francisco. "La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico." *Anuario mexicano de derecho internacional* 8 (2008), pp. 509-525.
- González de Cossío, Francisco. Orden público y arbitrabilidad: dúo-denámico del arbitraje. *Revista Auctoritas Prudentium* 1 (2008), p. 34-87.
- Granato, Leonardo. Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Juan Carlos Martínez Coll, 2010.
- Grünstein, Maite. DERECHO PROCESAL CIVIL. *Revista chilena de derecho privado*, 2017, no 28, p. 387-395.
- Huego Lora, Alejandro. “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 2000.
- Investment Treat News. *Ecuador denuncia sus 16 TBIs restantes y publica informe de auditoría*. 12 de junio de 2017. Obtenido en <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>

- Koven, Vance R. Expropriation and the Jurisprudence of OPIC. Harv. Int'l. LJ, 1981, vol. 22, p. 269.
- Kurtz, Jürgen. "A General Investment Agreement in the WTO-Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment." *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 23, 2002, 713.
- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States. *Reports of International Arbitration Awards*. United Nations, vol. IV pp. 60-66.
- Latorre, Ángel. *Introducción al derecho*. Universidad Nacional del Litoral, 1996.
- Le Gall, J.P. "Fiscalité et arbitrage". *Revue de l' arbitrage*. No. 1 y 2. París. 1994.
- León Barandiarán. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989.
- Lozano Rodríguez, Eleonora. *Arbitraje Internacional en materia tributaria*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.
- Magallanes, Alejandro A. Saldaña. *Curso elemental sobre derecho tributario*. Ediciones Fiscales ISEF, 2005.
- Mann, Howard y von Moltke, Konrad. La aplicación de las disposiciones clave del capítulo XI. "La protección de los derechos de los inversionistas y del bienestar público". International Institut for sustainable developmetn.
- Martínez Vásquez, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid: Civitas, 1991.
- Moreno, Lenin. Objeción parcial del Ejecutivo a la Ley de Fomento Productivo, 20 de julio de 2018.
- Moschetti, Francesco. "Las posibilidades de acuerdo entre la administración financiera y el contribuyente en el ordenamiento italiano". *Convención y arbitraje en el derecho tributario*. Coord. por Gabriel Elorriaga Pisarik, 1996, ISBN 84-7248-334-7, págs. 117-132.
- Multilateral Investment Guarantee Agency. Corporate Perceptions of Political Risk in Developing Countries. *World Investment and Political Risk*, 2011, p. 17-19.
- Navarrine, Susana y Asorey, Ruben. "Arbitraje, jurisdicción arbitral en controversias con el Estado. Proceso arbitral en cuestiones tributarias". *La ley*. Buenos Aires: 1992.
- Observatorio legislativo. Aprobación del pleno. *Proyecto de Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. [http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal\\_28999](http://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal_28999).
- Observatorio legislativo. *Proyecto de Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. [http://www.observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal\\_28999](http://www.observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-el-fomento-productivo-atraccion-de-inversiones-generacion-de-empleo-y-estabilidad-y-equilibrio-fiscal_28999)

- OECD. "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>.
- Orellana, Edgar Neira. El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana. *Iuris dictio*, 2007, vol. 7, no 11.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las obligaciones*. 8va. Ed. Bogotá: Editorial Temis. 2018.
- Paul B Stephan III "Taxation and Expropriation - The Destruction of the Yukos Empire". *Houston Journal of International Law* 1, Forthcoming; *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2012. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2138241>.
- Picht, Hartmut; STÜVEN, Volker. Expropriation of foreign direct investments: Empirical evidence and implications for the debt crisis. *Public Choice*, 1991, vol. 69, no 1, p. 19-38.
- Plaza Vega, Mauricio. "El arbitraje y el derecho tributario". *XXII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, t. I, ICDT, Cartagena de Indias, 2003, p. 587.
- Pleno de la Asamblea Nacional. Informe primer debate del Proyecto de Ley Orgánica para el fomento productivo, Sesión 53 de 8 de junio de 2019.
- Pleno de la Asamblea Nacional. Informe segundo debate del Proyecto de Ley Orgánica para el fomento productivo, Sesión 56 de 15 de junio de 2019.
- Political risk insurance as a tool for sustainable investment policy in the least developed countries: MIGA and beyond. *Occasional Policy Papers Series on - The Least Developed Countries*. UN, No. 5, 2018, 3.
- Pomar Gómez, Fernando. El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*, 2007, no 3, p. 235.
- Prieto, José Gustavo. "Evolución del derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable". *Foro: revista de derecho*. 17, I Semestre, 2012, 8.
- Rafael Oyarte. "Juez Natural". *Derecho Constitucional*, 3ª ed. Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2014.
- Restrepo Soto, Daniel. "La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje." *Eafit Journal of International Law* 5, 2014, pp. 63-80.
- Rusínque, Felipe. El establecimiento y la modificación de tributos como eventos susceptibles de alterar el equilibrio económico del contrato estatal. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 2018, vol. 19, p. 259-260.
- Samuel K. B. Asante. "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process." *The International and Comparative Law Quarterly* 28, no. 3, 1979, pp. 401-23. <http://www.jstor.org/stable/758949>.
- Samuel K. B. Asante. "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process." *The International and Comparative Law Quarterly* 28, no. 3, 1979, pp. 401-23.
- Sistema de información sobre comercio exterior. Tratados Bilaterales de Inversión. *Capítulo Ecuador*. Organización de los Estados Americanos. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/ctyindex/EQU/ECUBITs\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/EQU/ECUBITs_s.asp) el 29 de agosto de 2019.

- Stephen L., Yves y Fortier, Drymer. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, Issue 2, Fall 2004, Pages 293–327, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/19.2.293>.
- Taveira Torres, Heleno. “Medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes - A experiência brasileira”. *Revista di diritto tributario internazionale*, 2002, No. 9, p. 110-145.
- Thomas, Jonathan, and Worrall, Tim. “Foreign Direct Investment and the Risk of Expropriation.” *The Review of Economic Studies* 61, no. 1 (1994): 81-108. <http://www.jstor.org/stable/2297878>.
- Touma, Jorge. “Los procedimientos especiales en un estado constitucional de derechos y justicia: un desafío para todos” *Código orgánico integral penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*, 2015, pp. 183-194.
- Troya, José Vicente y Egas Reyes, Pablo. “Tributación y arbitraje internacional. El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en el Ecuador”. *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, 2003, vol. 53, no 269, pp. 433-460.
- Troya, José Vicente. “Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional” *FORO Revista de Derecho*, 2004, No. 3, p. 5-43
- Uckmar, Victor, Corasiniti, Giuseppe y de' Capitani di Vimercate, Paolo. *Manual de derecho tributario internacional*. Bogotá: Editorial Temis. 2010.
- Van Vollenhoven, C.; Macgregor, G. Fernandez; NIELSEN, Fred K. LFH Neer and Pauline E. Neer v. Mexico (Docket No. 136). *American Journal of International Law*, 1927, vol. 21, no 3, p. 555-562.
- Vandavelde, Kenneth J. *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*. Oxford University Press, 2010.
- Vives Chillida, Julio Andrés. Las Cuestiones Relativas a la Admisibilidad de la Reclamación en la Sentencia Elettronica Sicula SpA (ELSI). *REDI*, 1992, vol. 44, p. 7.
- Wei, Shen. The Good, the Bad or the Ugly? A Critique of the Decision on Jurisdiction and Competence in *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru.*, *Chinese Journal of International Law*, Volume 10, Issue 1, March 2011, Pages 55–95, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmq037>
- World Justice Project*. Rule of law Index 2019. Latin America & Caribbean – Ecuador. Extraído de <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/ECU> el 14 de septiembre de 2019.
- Zabalo, Patxi. América Latina ante las demandas inversor-Estado. *Revista de economía mundial*, 2012, no 31, p. 261-296.
- Zapata Sevilla, José, et al. Expropiación legislativa versus confiscación regulatoria. *Una distinción con ocasión de los procedimientos de resolución de entidades de crédito*. 2019, p. 23.

## Jurisprudencia

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador. Caso CIADI No. ARB/08/5, 14 de diciembre de 2012.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile. Caso CIADI No. ARB/01/7, 27 de febrero de 2007

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Caso *Tza Yap Shum c. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6. 19 de junio de 2009.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Caso Ecuador Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/6. 12 de septiembre de 2014, p.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador. Laudo sobre Jurisdicción. Caso CIADI No. ARB/04/19, 18 de agosto de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Héctor Hernán Mondragón Báez c. Congreso de Colombia. Sentencia C-320 de 2006. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-320-06.htm> (acceso: 07/08/2019)

Tribunal Constitucional de Perú. Jonhy Lescano Ancieta, et al. c. Telefónica del Perú S.A.A. No. 005-2003-AI/TC de 3 de octubre del 2003, p. 22.

Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres. *Caso Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*. Caso Administrado No. UN 3467

Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres. EnCana Corporation c. República de Ecuador. Laudo parcial sobre Jurisdicción. Caso No. UN3481, 27 de febrero de 2004.

## **Leyes**

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico Administrativo. Art. 14. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

Código Tributario. Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 (26). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones. Artículo XII, numeral 1, suscrito el 29 abril 1996.

Ley de Promoción y Garantía de Inversiones. Art. 30. Publicado en el Registro Oficial 46 de 29 de diciembre de 1997.

Ley de régimen tributario interno. Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas. Registro Oficial 652 de 18 de diciembre de 2015.

Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial 450 de 17 de mayo de 2011

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones. Art. X, suscrito el 27 de agosto de 2019.

## VIII. ANEXOS

### 8.1. Desarrollo legislativo de la Estabilidad Tributaria en el COPCI

<b>ESTABILIDAD TRIBUTARIA</b>	
<p><b>Ley de Promoción y Garantía de Inversiones</b> (Derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010)</p>	<p><i>Art. 22.- Los Titulares de inversiones, sean estos nacionales o extranjeros, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente Título, tendrán derechos a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable del impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión.</i></p> <p>(Derogado)</p>
<p><b>Suplemento -- Registro Oficial N° 405 - lunes 29 de diciembre de 2014</b> (Ley orgánica de incentivos a la producción y prevención del fraude fiscal)</p>	<p>“Capítulo (...)- Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión</p> <p>Art. (...) Ámbito de aplicación.- Las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente capítulo, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, por un tiempo determinado, a partir de la suscripción de un contrato de inversión. Dicha estabilidad tributaria también podrá ser concedida a petición de parte, en el contrato de inversión de las sociedades de otros sectores, incluyendo a las industrias básicas, que realicen inversiones productivas para el desarrollo del país, siempre que:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El monto de la inversión sea mayor a 100 millones de dólares;</li> <li>2. Informe técnico realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país;</li> <li>3. Informe del Procurador General del Estado y,</li> <li>4. Autorización del Presidente de la República para la suscripción de un contrato en el cual se regularán los requisitos, montos y plazos para realizar la inversión así como los compromisos asumidos por el inversor.</li> </ol> <p>No podrán acceder a este beneficio los administradores y operadores de ZEDES.</p>
<p><b>Suplemento - Registro Oficial N° 493 - martes 5 de mayo de 2015</b> (Ley orgánica de remisión de intereses, multas y recargos)</p>	<p>“Capítulo (...)- Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión</p> <p>Art. (...) Ámbito de aplicación.- Las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente capítulo, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, por un tiempo determinado, a partir de la suscripción de un contrato de inversión. Dicha estabilidad tributaria también podrá ser concedida a petición de parte, en el contrato de inversión de las sociedades de otros sectores, incluyendo a las industrias básicas, que realicen inversiones productivas para el desarrollo del país, siempre que:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El monto de la inversión sea mayor a 100 millones de dólares;</li> <li>2. Informe técnico realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país;</li> <li><del>3. Informe del Procurador General del Estado y,</del></li> <li>4. Autorización del <del>Presidente de la República</del> <b>Comité de Política Tributaria</b></li> </ol>

	<p>para la suscripción de un contrato en el cual se regularán los requisitos, montos y plazos para realizar la inversión, así como los compromisos asumidos por el inversor.</p> <p><del>No podrán acceder a este beneficio los administradores y operadores de ZEDES.</del></p>
<p><b>Suplemento - Registro Oficial N° 652 - viernes 18 de diciembre de 2015</b> (Ley orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera)</p>	<p>“Capítulo (...)- Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión</p> <p>Art. (...) Ámbito de aplicación. - Las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente capítulo, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, <del>por un tiempo determinado, a partir de la suscripción de un</del> <b>durante el plazo de vigencia del</b> contrato de inversión. Dicha estabilidad tributaria también podrá ser concedida a petición de parte, en el contrato de inversión de las sociedades de otros sectores, incluyendo a las industrias básicas, que realicen inversiones productivas para el desarrollo del país, siempre que:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El monto de la inversión sea mayor a 100 millones de dólares;</li> <li>2. Informe técnico realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país;</li> <li><del>3.</del></li> <li>4. Autorización del Comité de Política Tributaria para la suscripción de un contrato en el cual se regularán los requisitos, montos y plazos para realizar la inversión, así como los compromisos asumidos por el inversor.</li> </ol>
<p><b>Registro Oficial N° 309 - Suplemento Martes 21 de agosto de 2018</b> (Ley de fomento productivo)</p>	<p>“Capítulo (...)- Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión</p> <p>Art. (...) Ámbito de aplicación. - Las sociedades que realicen inversiones para la explotación de <b>minería metálica a mediana y gran escala</b>, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente capítulo, <b>tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, durante el plazo de vigencia del contrato de inversión.</b> Dicha estabilidad tributaria también podrá ser concedida a petición de parte, en el contrato de inversión de las <i>sociedades de otros sectores, incluyendo a las industrias básicas, que realicen inversiones productivas para el desarrollo del país</i>, siempre que:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El monto de la inversión sea mayor a <i>100 millones de dólares</i>;</li> <li>2. <i>Informe técnico</i> realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país;</li> <li><del>3.</del></li> <li><del>4. Autorización del Comité de Política Tributaria para la suscripción de un contrato en el cual se regularán los requisitos, montos y plazos para realizar la inversión, así como los compromisos asumidos por el inversor.</del></li> </ol>