

La cláusula de la Nación Más Favorecida establecida en un TBI, como recurso para la extensión de la validez del arbitraje internacional como medio de resolución de disputas en materia fiscal en la República Argentina, de conformidad a la

Acción 14 de BEPS.

SEUDÓNIMO: Pelagio

Índice

I. Introducción	3
II. Breve repaso histórico	4
III. El Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Capital	6
1. El artículo 25	7
2. Quinto párrafo	9
IV. BEPS	10
V. La Acción 14	11
VI. La nueva era en los Tratados Bilaterales de Inversión y los principios adoptados	15
VII. El CIADI	18
VIII. El recurso a la cláusula de la nación más favorecida (NMF) para la validez de la aplicación del arbitraje en materia fiscal. Extensión de las disposiciones en los TBI. Competencia del CIADI.	19
i.- La situación en la República Argentina	
a. Adhesión al Convenio de Washington. Ley 24.353.	20
b. Tratado de Inversiones con Estados Unidos de América	21
IX. Conclusión	23
X. Bibliografía	26

I.- Introducción

En virtud del tratamiento que establece el artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), especialmente en su párrafo 5 y, en consideración de la Acción 14 del programa Base Erosión and Profit shifting (BEPS), ambos referidos a la resolución de disputas, resulta interesante el interrogante sobre la aplicación del principio de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), de trato justo y equitativo y de no expropiación, en este caso indirecta, como causal de extensión de los efectos de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) hacia terceros países, que hagan posible la aplicación del arbitraje fiscal para la resolución de las disputas dispuesto en el artículo 25 del Convenio Modelo, y el sometimiento a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en dicha materia para aquellos casos derivados de inversiones extranjeras, y para todos aquellos casos que no se versen sobre inversiones extranjeras, mas impliquen una afectación al principio de no discriminación en términos absolutos en Argentina.

Para poder abordar el tema resulta necesaria la comprensión del entramado complejo de las relaciones económicas internacionales y su evolución hasta la actualidad, momento en que, dado el crecimiento exponencial del comercio internacional y la eclosión de la era de la digitalización, ha permitido a velocidades y por volúmenes antes impensados el desarrollo del comercio internacional y de las inversiones extranjeras.

Es por ello que resulta de relevancia superlativa la adopción de reglas comunes o estándares mínimos que contribuyan a fortalecer la confianza de manera de que el flujo internacional del capital siga su curso. A dichos fines, es insoslayable la evitación de la Erosión de la Base Imponible y la Transferencia de Beneficios (BEPS), lo cual contribuye a la generación y mantenimiento de lazos económicos fuertes y a la evitación de pérdidas

económicas de los diversos sistemas financieros estatales, e incluso la afectación de derechos de actores del escenario internacional y de inversores extranjeros. Conforme manifestación de OCDE, el proyecto BEPS pretende abordar la evasión fiscal, mejorar la coherencia de la normativa fiscal internacional y garantizar una fiscalidad más transparente.

Los TBI y los convenios multilaterales, junto al respeto por los principios que rigen en esta materia son una herramienta indispensable para el logro de propuestas globales, como se desarrollará en el presente trabajo.

II. Breve repaso histórico

Hacer un recorrido por cada uno de los períodos en los que se dividen los grandes hitos de la economía global desde el siglo XX resulta necesario, siendo los siguientes:

1. El colapso de la economía global: 1914-1944

El comercio y la inversión internacional se vio afectada por eventos de una magnitud tal que llevaron al colapso y fueron el inicio de una nueva visión del mundo que comenzó a cristalizarse en 1944.

Se pueden fijar tres eventos en este período; la primera guerra mundial, que contribuyó a que el espíritu de la cooperación y el compromiso por la libre circulación del capital fuera destruido. Las consecuencias del Tratado de Versalles, que si bien puso fin a la guerra, la imposición de sanciones relegó a los estados, lo cual contribuyó a que abandonaran el liberalismo preguerra, a través de medidas político-económicas de tipo nacionalistas, protectoras de los intereses particulares, comenzando por la sustitución de las importaciones y fuertes restricciones, generando la consecuencia inmediata de la contracción del mercado internacional. El segundo evento fue la revolución rusa de 1917, cuyo impacto global alcanzó su punto cúlmine en la

nacionalización de la propiedad privada, cristalizándose en hechos de expropiación de inversiones extranjeras, que fueron reivindicados por dicho país como compensaciones económicas por los daños post guerra. Este enfoque sentó los precedentes para los futuros casos de expropiaciones “no discriminatorias”, lo que dio origen a la conocida como Doctrina Calvo.

El tercer evento fue la “Gran Depresión”, debido a la imposibilidad de exportar a los Estados Unidos, los países europeos fueron privados de los dólares necesarios y suficientes para cancelar las deudas generadas por la guerra. Durante el período 1920-1930 proliferaron los cárteles para el control de precios, controles de cambio y restricciones a la transferencia de beneficios y distribución de dividendos, todo lo cual disminuyó más aún el flujo de inversiones extranjeras, dejando devastado el comercio internacional.

2. La era de la guerra fría: 1944-1989

Los acuerdos de Bretton Woods intentaron poner fin al proteccionismo nacionalista y abrir nuevamente la puerta hacia el liberalismo económico y al comercio internacional, estableciendo al dólar como moneda convertible a oro. El sistema de Bretton Woods finalizó en 1971 con la guerra de Vietnam, generando una desestabilización del dólar y de la economía estadounidense. Estos hechos llevaron a que algunos países dejaran su moneda a valor flotante y fluctuante o atada a otra como lo fue el sistema conocido como “peg”, recurriendo sus respectivos bancos estatales a la compra de una moneda determinada para garantizar su valor.

Durante este período, y como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, también se fortalecieron los sistemas comunistas y significó el fin de los colonialismos, con lo cual también los nuevos estados lucharon por mantener sus economías, mediante la utilización de recursos de tipo proteccionistas.

3. La era global: 1990 al 2020

La reacción a la globalización determinó hasta la fecha varias crisis financieras que terminan por afectar globalmente y generan ramificaciones locales y regionales en los mercados.

La actual era de la digitalización también ha venido a generar nuevos desafíos globales. Hoy, prácticamente en lo que se cree son los albores de la finalización de la pandemia por SARS COVID 19, se vislumbran grandes luces y sombras de esta nueva era digital global, que sin dudas requiere de alianzas cada vez más transparentes y comprometidas por parte de los estados nacionales de todo el orbe.

III. El Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Capital de la OCDE

Tal y como se hubiera mencionado en el mismo cuerpo normativo, el objeto principal del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio ofrece los medios para resolver, sobre una base uniforme, los problemas que se plantean en el campo de la doble imposición tributaria. Cuando los países miembros firmen nuevos Convenios bilaterales o revisen los existentes, deben ajustarse al mismo y seguir los comentarios, que son producto de modificaciones y actualizaciones periódicas.

Los problemas de doble imposición comenzaron hacia fines del siglo XIX, y es a partir de ese entonces que comenzaron los Convenios de Doble Imposición, los cuales previeron mecanismos arbitrales como solución de los conflictos.

Sabemos que el arbitraje, ha sido históricamente la primera de las soluciones que se comenzaron a transitar en la institucionalización de la justicia como poder del Estado. En el derecho tributario internacional los antecedentes son de arbitrajes Ad-Hoc, entre los que cabe mencionar el caso entre Francia y España ocurrido en 1922, causa arbitrada por Suiza. Otro caso fue el arbitraje entre Estados Unidos, el Reino Unido, Irlanda del Norte y la Comisión de

Energía Atómica de la Comunidad Europea.

Fue durante la búsqueda de la eliminación de la doble imposición en el marco del comercio internacional, cuando el Consejo de la Organización Europea de Cooperación Económica, adoptó una primera Recomendación en el año 1955, reconociéndose la relevancia de la existencia de este tipo de medidas consensuadas a los fines de no perjudicar el comercio internacional ni afectar las arcas públicas. De igual manera se propugna por la conveniencia en la adopción de principio, definiciones, reglas, y procesos uniformes. El 30 de Julio de 1963, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación sobre la eliminación de la doble imposición e invitó a los Estados miembros de la organización a que integraran las disposiciones del Proyecto de Convenio en sus respectivos acuerdos bilaterales. Durante el año 1971, el Comité de Asuntos Fiscales, propuso la revisión del Proyecto de 1963, dando como resultado la publicación del nuevo Convenio Modelo en 1977. Las revisiones se volvieron frecuentes y parte de un proceso continuo de estudio y mejora, por lo que se llegó a consensuar que se trataba de un Convenio Modelo de tipo dinámico, lo que se aprecia de la lectura de este, y de sus comentarios los que están en permanente crecimiento y modernización.

1. El artículo 25

El Convenio Modelo está compuesto de 31 artículos, deteniéndose el presente trabajo en el análisis de artículo 25, y especialmente párrafo 5. El artículo 25 cual trata los MAP, estableciendo en su párrafo primero, que las personas que consideren que las liquidaciones de impuestos no están conforme las previsiones de la convención, pueden recurrir a las autoridades

de los respectivos países a los fines de hacer su presentación dentro de los 3 años desde la primera notificación que sea base del reclamo.

El segundo párrafo refiere a la posibilidad de resolución del caso a través del procedimiento de acuerdo mutuo o MAP.

El tercer párrafo se ocupa de la determinación del objeto sobre el cual puede recaer el MAP, esto es dudas en la interpretación y/o aplicación de la Convención, o bien consultas para la eliminación de la doble imposición en casos de que la Convención no sea suficiente.

El cuarto párrafo hace mención a la obligación por parte de los estados contratantes de comunicar cualquier otra directiva que tenga como propósito arribar a los acuerdos definidos en los primeros párrafos.

En Argentina, a razón de la exigencia de la Convención y para cumplimentar con el agregado de la cláusula del presente acápite, en la reforma de 2017 de la Ley 11.683, esto es el Código de Procedimiento Tributario, al Título IV sobre Procedimientos de Acuerdo Mutuo previstos en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional, celebrados por la República Argentina en materia de imposición a la renta y al patrimonio, se ha establecido como método de solución de controversias suscitadas en los casos en que hubiere o pudiere haber, para un contribuyente en particular, una imposición violatoria o inadecuada al Convenio celebrado. En dicho Título se determina la autoridad competente como la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Hacienda, disponiendo el plazo de tres años, contados desde el día siguiente a la primera notificación del acto que ocasione disconformidad, para presentar la solicitud de inicio. La legitimación activa determina que el procedimiento puede iniciarse en la República a instancia de un residente fiscal del país, y también por parte de quien no sea residente siempre que un Convenio lo permita, como cuando resulte afectada la cláusula de no discriminación que favorece también a sus nacionales para que no reciban un trato más gravoso en otro estado en que resida,

impidiendo la discriminación en función de la nacionalidad. De igual manera se fijan los requisitos y presupuestos de admisibilidad y causales de negación de inicio, estableciendo la debida notificación del pronunciamiento dentro del plazo de dos meses, solución que deberá ser fundada; y ante el silencio de la autoridad transcurrido el plazo, se tendrá por admitido. El trámite será comunicado a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y en caso de que no se pudiera resolver unilateralmente, se iniciarán trámites para la solución de manera bilateral con el otro estado implicado. Sin existir algún procedimiento extra que garantice el arribo a una solución encasos de demora o fracaso en las negociaciones bilaterales.

2. Quinto párrafo

Esta previsión de la Convenio Modelo, establece especialmente que cuando, a) en virtud del apartado 1 una persona haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no conforme con las disposiciones del Convenio, y b) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en el apartado 2, en el plazo de dos años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado contratante, a instancia del contribuyente, se someterá a arbitraje toda cuestión irresoluta relacionada con ese caso. Sin embargo, este sometimiento no podrá realizarse cuando un tribunal u organismo administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones irresolutas. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique el dictamen, dicho dictamen será vinculante para ambos Estados y aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. Las autoridades

competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de este apartado 1.

A este respecto, los comentarios de la propia Convención reparan en que, en muchos estados, las normativas nacionales, de policía y administrativas consideran que no resulta aplicable el arbitraje fiscal o tributario, y en definitiva dejan al arbitrio y decisión de los Estados la aceptación de esta forma de resolución de disputas, estableciendo que la misma puede ser reservada, modificada y administrada a su criterio.

No se encuentran en la Ley 11.683 de la República Argentina, ya referenciada, previsión alguna respecto de lo propuesto al párrafo 5 del artículo 25 del Convenio Modelo, esto es la posibilidad de recurrir al arbitraje como refuerzo ante condiciones determinadas.

IV. BEPS

En 2013, los países miembros del G20 y OCDE se propusieron trabajar en este cuerpo modelo a partir del relevamiento de las afectaciones tanto para el sector privado como el público, que son consecuencia de *tax planning*, infracciones a normativas nacionales y falta de transparencia y coordinación entre las administraciones y falta o ineficiente estrategia y aplicación de mejores prácticas y poder coercitivo en materia impositiva, que dejan al desnudo como los BEPS pueden ocasionar distorsiones económicas, sobre todo en países en desarrollo.

Los BEPS refieren en concreto, conforme lo manifestado por la OCDE a “*estrategias de planificación fiscal que aprovechan vacíos y discordancias en las normas fiscales para trasladar artificialmente beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación y con nula o mínima actividad económica, dando lugar a: pago de cantidades pequeñas o nulas en concepto de*

impuesto a sociedades; pérdidas en la recaudación de los gobiernos por importe, como mínimo, de 100 a 240 mil millones de USD, equivalente al 4-10% de los ingresos mundiales derivados del impuesto a sociedades”

Es clave en este aspecto la evitación de la doble imposición, lo que implica un incremento en los costos de capital y pueden afectar las inversiones y consecuentemente las economías.

El paquete de BEPS ha sido diseñado conforme 15 acciones concretas, de las cuales sólo se tratará la acción 14 de “Resolución de Controversias”.

En 2017 se celebró la primera sesión para la firma del Instrumento Multilateral (MLI), del cual a la fecha son parte numerosos países, lo que ha facilitado la aplicación de medidas BEPS relativas a convenios fiscales sin necesidad de renegociar convenios individualmente.

Durante los años 2018-2020 los países miembros han trabajado conforme dos pilares desarrollados; el primero mediante el cual se hace un trabajo de exploración para readecuación, y un segundo de revisión de observaciones.

V. La acción 14

Como ya se ha manifestado, existen un gran número de tratados fiscales que contienen la disposición de MAP para la resolución de disputas, el cual es un procedimiento de fundamental importancia para garantizar los derechos de los contribuyentes en aras de evitar la doble imposición, o incumplimientos de las previsiones del Convenio Modelo, no obstante ello resulta indispensable reforzar de alguna manera dichos procedimientos, para que los mismos se cumplan en tiempo y forma, proveyendo justicia a quienes legítimamente reclaman una solución en una controversia fiscal determinada, habida cuenta de que conforme el seguimiento constante

que hace OCDE respecto del Programa, surge de los inventarios que los MAP están en franco aumento, proveyendo a demoras en la resolución de las disputas, cuyas consecuencias en la falta de resolución oportunas deben ser soportadas, muchas veces de manera injusta y con grandes implicancias económicas, por los contribuyentes.

Hay un estándar mínimo que ha sido fijado en la Acción 14, basado en elementos y mejores prácticas que evalúan el marco legal y la administración en cada una de las jurisdicciones en cuatro áreas que resultan claves; éstas son la prevención de disputas, la disponibilidad y acceso a los MAP, la resolución dentro de los plazos estipulados de los casos sometidos a MAP, y la implementación y acuerdos que incluyan MAP.

De manera colaborativa, se trabajó en la posibilidad y cumplimiento por parte de los Estados parte, en estandarizar procesos de evaluación periódica y el consecuente análisis de datos para la confección de informes estadísticos, los cuales se encuentran publicados a disposición de quien quiera consultar, en la página web de la institución con los datos de todos los países y las respectivas evaluaciones y recomendaciones a cada uno.

El proceso de revisión por pares inició a fines de 2016, con 82 jurisdicciones, constando de dos etapas, la primera en la que se evalúa el cumplimiento en la adopción de los estándares mínimos, y a partir del cual se hacen los análisis y recomendaciones de mejora pertinentes a cada jurisdicción; y en una segunda etapa se realiza el seguimiento de las correcciones propuestas y las proyecciones a futuro que pretender abordar cada uno de los Estados.

Los resultados a los que se han arribado en el último informe de fecha febrero 2021 es que, de las más de 1750 recomendaciones formuladas, alrededor del 66% se refieren a deficiencias en los tratados fiscales con respecto al artículo del MAP. Alrededor del 34% se

relacionan con prácticas y políticas del MAP que no se ajustan al estándar mínimo. Además, hay casi 400 recomendaciones para que las jurisdicciones continúen con prácticas que ya estaban en línea con el estándar mínimo, conforme surge de las publicaciones de OCDE.

Respecto del párrafo 5, surge de los informes realizados en países latinoamericanos la siguiente información respecto de la adopción de la propuesta contenida en dicha cláusula en la Convención Modelo, que refiere al arbitraje como medio de solución de controversias en las condiciones en que ya fuere expuesto.

La República Argentina en el Informe de Revisión de la Etapa 1, respecto de la posición adoptada sobre la aplicación del arbitraje dispuesto en el párrafo 5 del artículo 25 del Convenio Modelo, informó que como consecuencia de una política general adoptada no se encuentra preparada para prorrogar su jurisdicción en ningún tipo de acuerdo que involucre cuestiones de estado, es por ello que no admite el arbitraje fiscal como método de resolución de disputas en la materia que propone el Convenio Modelo. En la práctica resulta que no se halla incorporada este tipo de cláusulas en tratados fiscales, sin embargo, hay dos tratados que contienen una cláusula de la nación más favorecida para el caso en que Argentina cambie su política al respecto, uno de los cuales es el suscripto con Chile.

El único cambio que se detectó respecto del tema en la Etapa 2, es la inclusión de la cláusula de la Nación Más Favorecida para el caso en que Argentina cambie su política, en un tratado más.

En el mismo sentido se ha manifestado Brasil, en ambas etapas, manifestando que no tiene ningún tratado que refiera al arbitraje como alternativa viable para la solución de conflictos.

Chile en la Etapa 1 de fecha 2019, ha reportado que sus políticas en tratados de tipo fiscal no incluyen el arbitraje obligatorio y vinculante en tratados bilaterales, y se ha reservado el

derecho de no incluir el párrafo 5 del artículo 25 de la Convención Modelo. En la práctica Chile ha incorporado en varios tratados bilaterales la posibilidad del arbitraje voluntario, y ha manifestado su interés en que el arbitraje sea voluntario y a condición de que ambas autoridades competentes acepten dicho procedimiento, y que pretende introducir modificaciones en su derecho interno al respecto. En la Etapa 2 no se relevaron modificaciones o avances.

En Colombia, en Etapa 1 se relevó la existencia de tratados que incluyeron cláusulas arbitrales en dos tratados, que a pesar de que no han sido ratificados, hay sido llevados a la Corte Constitucional a los fines que resuelva la constitucionalidad de estas, debido a la expresa prohibición contenida en la Ley 1563. En la Etapa 2 aún no ha habido novedades ni cambios significativos al respecto.

La posición de México fue en la Etapa 1, la de no incluir el arbitraje obligatorio y vinculante como medio de resolución de los conflictos, conforme la propuesta de la Convención Modelo, haciendo reserva expresa respecto del párrafo 5 del artículo 25. No obstante ello, sí ha incluido cláusulas arbitrales en numerosos tratados, las cuales son voluntarias y vinculantes. También ha concluido tratados que incluyen la cláusula de la nación más favorecida. En la evaluación de la Etapa 2 no se han hallado cambios.

En Ecuador, si bien no se adhirió a la propuesta de OCDE, la Constitución Política de Ecuador establece en el artículo 191 textualmente establece que: *“se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la ley”*, lo que complementado con el principio de legalidad tributaria determina como posible el arbitraje en materia tributaria.

VI. La nueva era en los Tratados Bilaterales de Inversión y los principios adoptados

El auge de las inversiones y la migración de personas y capital de un país a otro son un fenómeno relativamente nuevo, no obstante, la antigüedad del comercio internacional y de las relaciones internacionales tal como se ha referido. El incremento del tráfico ha determinado un desarrollo importante y relevante del derecho en este sentido, habiendo, en definitiva, crecido la cantidad de tratados tanto bilaterales como multilaterales. Estos tratados, han hecho hincapié en general en temas específicos como son protecciones particulares respecto de fenómenos como la discriminación y la expropiación sin compensación, así como tratamientos y protección sobre la seguridad de las inversiones internacionales, abriendo paso a la posibilidad de la resolución de conflictos mediante el arbitraje internacional, a través de distintos Tribunales institucionales o Ad Hoc, que hoy son actores en este escenario internacional. Esto ha dejado de lado la necesidad de intervención de Tribunales locales, o de barreras políticas y diplomáticas, propias del derecho internacional, logrando de esta manera la canalización de los conflictos y su gestión a través de medios más ágiles e imparciales, conforme lo requiere la dinámica económica internacional.

Las inversiones internacionales, son sumamente importantes a los fines del desarrollo de las naciones, tanto importadoras como exportadoras, ya que permiten el flujo del dinero desde actores superavitarios hacia aquellos que son deficitarios, otorgando financiamiento a los fines de lograr compensar y cooperar al desarrollo socioeconómico internacional.

Pero, para que ello ocurra, es necesario, casi indispensable, que entre los Estados y los inversores exista confianza, y para ello es insoslayable el otorgamiento de cierto tipo de seguridades y protecciones, tratando de minimizar el impacto de las decisiones políticas internas de cada Estado sobre las inversiones extranjeras. Es aquí donde resulta válido mencionar aquellas barreras que han impedido o socavado en distintos momentos de la historia, el desarrollo

normal y fluido del comercio y las inversiones extranjeras, siendo alguno de ellos las vías locales para la resolución de disputas, la recurrencia a la inmunidad estatal, la ineficiencia de los Tribunales locales para resolver disputas respecto de inversiones extranjeras, la Doctrina Calvo de gran desarrollo en los países latinoamericanos, entre otras.

Los TBI, que conforme se ha explicitado, deben estar en un todo de acuerdo con el Modelo Convenio propuesto, están estructurados en dos pilares básicos como son la protección de las inversiones y la consagración de un sistema de arbitraje para resolver las controversias y disputas. En lo que a protección se refiere se hará referencia a:

- 1) La cláusula de la Nación más favorecida (MNF),
- 2) Trato justo y equitativo,
- 3) Expropiación.

De la conjugación de algunos de estos principios, y en el entendimiento de que el concepto de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) será la piedra angular de la presente propuesta, se han de analizar los de interés a la presente propuesta, y mayor implicancia.

La cláusula de la nación más favorecida (NMF), se puede sostener que es de alcance variable y dependiente de cada documento, y conforme lo expresado por OCDE, *“El tratamiento de NMF ha sido desde antaño un estándar perteneciente al núcleo de las relaciones económicas internacionales, que provee iguales oportunidades competitivas entre la naciones respecto de la materias ala que la cláusula de NMF específica se refiere, ya sean en materia de comercio, inversión o cualquier otro campo de la cooperación económica. Aunque su aplicación en materia de inversiones internacionales es más reciente que en materia de comercio internacional, se la reconoce generalmente, junto con el trato nacional, como uno de los estándares de trato a inversores e inversiones más importantes”*.

La Corte internacional de Justicia ha descripto su objeto como en el de *“establecer y mantener en todo momento la ecuanimidad fundamental sin discriminación de los países involucrados”*.

En todo caso, el tratamiento que el país receptor dispensa a los inversores de un país extranjero con el cual contrata, debe ser igual al otorgado a inversores provenientes de terceros países, sin soslayar que se debe tratarse de similares circunstancias. El alcance sigue siendo uno de los temas más discutidos en el ámbito del tribunal CIADI.

La inclusión de esta cláusula en el texto de los TBI de la mayoría de las naciones ha llevado a algunos a sostener que se está ante una floreciente multilateralización de estas obligaciones de trato hacia los inversores. Las excepciones a la aplicación de esta cláusula, en general, están basadas en zonas de libre comercio, integraciones regionales o mercados comunes; más allá de que existen otras especiales que han sido invocadas.

La mención al “Trato nacional” es también una moción que suele ser utilizada, lo que a veces ha dado lugar a una especie de discriminación inversa, dado que los nacionales no tienen acceso a la instancia judicial internacional.

El “Trato justo y equitativo” es otro de los conceptos que aborda la protección, y que debiera ser interpretado de manera integral con los antes mencionados, para su aplicación conjunta, teniendo en miras que se trata de un término alineado con principios generales del derecho y no en relación a la comparación con lo estipulado para otra nación.

En cuanto a la expropiación, lo que atañe al presente, sería en principio la conocida como “expropiación indirecta”, tema muy controvertido cuando se trata específicamente de cuestiones ligadas a cambios en las políticas regulatorias durante la vigencia del plazo o existencia de la inversión extranjera, en los supuestos en que dichas variaciones sean de tal entidad cuya afectación implique condiciones imprevistas y perjudiciales. Este tipo de actuaciones o medidas son conocidas en la doctrina norteamericana como *regulatory takings*, controversias sobre las que ha habido demandas en el CIADI. Lo que sí se podría afirmar a este respecto es que cuando

las medidas son generales, y no implican trato discriminatorio, no cabría lugar a reclamos de este tipo.

VII. EI CIADI

Como se hubiera mencionado al punto anterior, otro de los pilares sobre los que se han estructurado los TBI es la consagración del sistema de arbitraje internacional.

El moderno sistema de arbitraje de inversiones ha permitido que a través de los TBI se logren resolver las disputas a través de este medio de resolución de conflictos, lo que se logró con la celebración de la Convención de Washington, a través de la cual fue creado el Centro Internacional de Arbitraje de Inversiones (CIADI) bajo la órbita del Banco Mundial. Mediante el mismo se invitó a los diferentes Estados a adherirse y someterse a su jurisdicción, para casos de Tratados Bilaterales o Multilaterales de Inversión.

La Convención de Washington promueve el arbitraje internacional de carácter mixto, sobre controversias de inversión entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión.

El Reglamento CIADI estipula las condiciones de su jurisdicción y competencia, estableciendo que queda supeditada a los diferendos que surjan de una inversión entre un Estado contratante y un inversionista extranjero, siempre que hayan consentido someterse al arbitraje, sin perjuicio de que cualquier Estado contratante pueda solicitar el agotamiento de las vías administrativas y/o judiciales como condición de procedencia del reclamo ante el Tribunal Arbitral.

Para que exista jurisdicción de un tribunal CIADI se precisa hablar de dos conceptos, estos son “inversiones” e “inversores”, los cuales se hallan definidos en algunas ocasiones en los distintos TBI, dando lugar a distintas posiciones y debates, teniendo en consideración uno de los

critérios más reconocidos, actualmente flexibilizados, los determinados que una inversión debe contener conocido como el “Test Salini”, fijando los siguientes elementos: contribución de dinero, asunción de riesgo, duración en el tiempo de la inversión y una contribución a la economía del Estado anfitrión, requisito éste último que ha sido el más controvertido y en definitiva flexibilizado en su aplicación.

VIII. El recurso a la cláusula de la nación más favorecida (NMF) para la validez de la aplicación del arbitraje en materia fiscal. Extensión de las disposiciones en los TBI. Competencia del CIADI.

En consonancia con lo expuesto, y en el conocimiento de que los TBI otorgan protección a los inversores extranjeros, y habida cuenta de los principios fundamentales en los que se basan, se retoma el interrogante, esto es: ¿Podría prosperar, bajo la moción de la aplicación de la cláusula NMF, la de trato justo y equitativo y la prohibición de la expropiación indirecta, la aplicación del párrafo 5 del artículo 25 de la Convención Modelo, para los casos y en las condiciones de procedencia, el procedimiento arbitral del CIADI?

Si bien parte de la doctrina y la jurisprudencia internacional no ha determinado de manera definitiva una misma posición sobre la posibilidad de invocar una cláusula de MNF para otorgar jurisdicción de tribunales de arbitraje de inversión a inversores extranjeros, siguen existiendo al menos dos posturas antagónicas -vale acotar desde ya que cada caso plantea una circunstancia concreta determinada- una que propugna y da lugar a la posibilidad de extensión de la MNF a los temas relacionados con resolución de disputas, algunos de dichos casos son Maffezini c. España. Siemens c. Argentina, Camuzzi c. Argentina, Gas Natural c. Argentina y National Grid PLC c.

Argentina. Y en otro sentido, que alimenta la vertiente de que no tendrían derecho a la dicha extensión a través de la utilización de esta cláusula, salvo disposición expresa, se pueden mencionar las decisiones de *Plama c. Bulgaria*, *Salini c. Jordania*, *Telenor c. Hungría* y *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*. Cabe recordar que las decisiones adoptadas en el CIADI no son vinculantes a los fines de fijar precedentes.

Respecto de este último laudo, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, y en general lo que ha sido remarcado por parte de los Tribunales, es que no debe soslayarse la relevancia de la vinculación entre la MNF, la jurisdicción y el consentimiento arbitral que no se contenta con el sólo hecho de la adhesión del Estado parte al Convenio de Washington, sino que debiera surgir del consentimiento al sometimiento al proceso arbitral de manera concreta.

Es de destacar que dependerá sin dudas de las cláusulas específicas y de los derechos afectados, y en todo caso no adoptar o convalidar soluciones que impliquen la negación del acceso a la justicia en igualdad de condiciones, la negación de un trato justo y equitativo, y sin dudas no avalar trato discriminatorio.

i.- La situación en la República Argentina

a. Adhesión al Convenio de Washington. Ley 24.353.

En Argentina el cambio de paradigma, y la fijación de reglas claras y la intención de otorgar seguridad a la inversión extranjera se dio a través de la firma de TBI en los que se incluyen la protección y promoción de inversiones extranjera con terceros países, pero principalmente se

aprueba y promulga la Ley 24.353 durante el año 1994, resignando de esa manera la soberanía jurídica en el trato con los inversores extranjeros al aprobar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) el 18/3/1965. En su Preámbulo se establece la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico, teniendo en consideración la resolución de controversias que a veces surjan entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación a tales inversiones; reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución; reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio y declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.

b. Tratado de Inversiones con Estados Unidos de América

Mediante Ley 24.124, se aprobó durante el año 1992 el Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre la promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

A los fines de ceñirse a la materia que aquí se desarrolla en concreto, se remite al artículo XII del Tratado mencionado, en el que establece que:

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

2. No obstante, las disposiciones del presente

Tratado, especialmente sus Artículos VII y VIII (de solución de controversias), se aplicarán a las cuestiones tributarias solamente con respecto a lo siguiente: a) la expropiación, ..., b) las transferencias, c) la observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización en materia de Inversiones, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII, en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre solución de controversias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre ambas partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto dentro de un plazo razonable.”

Que, como resulta de la letra del cuerpo normativo suscripto entre ambos países, la materia tributaria puede ser sometida a arbitraje en la medida que se trate de expropiación, transferencias y observancia y cumplimiento de un acuerdo de inversiones, siempre que no esté sujeto a disposiciones sobre solución de controversias dispuestas en un convenio para evitar la doble tributación, a excepción de que sea en ese marco y no se haya resuelto en tiempo razonable.

Que, en atención a lo dispuesto por el artículo 25 párrafo 5 del Convenio Modelo, y las condiciones que deben existir para la procedencia del proceso arbitral, como es la falta de resolución de la disputa dentro del plazo de dos años, se puede afirmar que se trataría de un supuesto que podría estar incluido en la previsión contemplada en el TBI con Estados Unidos, y es por ello que se entiende que en el caso de existencia de la cláusula de la nación más favorecida en un TBI de un tercer Estado, podría esta cláusula XII ser invocada a los fines de obtener acceso a una vía alternativa de resolución de conflictos, permitida, avalada y habilitada por el Convenio Modelo mismo, el espíritu de todas las disposiciones a las que se ha hecho referencia y en miras de no dejar huérfano de justicia un legítimo reclamo tributario, incluso sujeto a un convenio para evitar la doble imposición, en el que no se llegue a una resolución en un tiempo razonable, el cual podría ser el de dos años.

IX. Conclusión

Que a los fines de la Acción 14 y de los objetivos fijados por OCDE, G20 y los países miembros, principalmente en consideración de mejorar la coherencia de la normativa fiscal internacional y garantizar una fiscalidad más transparente; y concretamente en Argentina, dada la suscripción del TBI firmado con los Estados Unidos de Norteamérica, y la ley de adhesión al Convenio de Washington, habida cuenta de la cláusula NMF y los principios de igualdad, trato justo y equitativo, y de no expropiación, y no existiendo obstáculo legal alguno que limite la procedencia del arbitraje internacional como medio de resolución de disputas en el derecho interno:

¿Sería viable la petición de arbitraje fiscal conforme el párrafo 5 del artículo 25 del Convenio Modelo, como medio de solución de disputas para los casos de tributación internacional en las condiciones de procedencia fijadas al mismo cuerpo normativo, de manera de impedir que se consoliden perjuicios, desigualdades e injusticias, basadas en la negligencias, impericias o decisiones políticas que afectaren a inversores extranjeros?

Conforme lo ya expuesto, la situación actual de la Argentina al respecto es de negación del arbitraje como medio de solución de las controversias conforme el Convenio Modelo en materia tributaria.

Que no obstante ello, este país en la mayoría de sus TBI se incluye la cláusula de la nación más favorecida, salvo los TBI celebrados entre Argentina y Bélgica-Luxemburgo, China, Finlandia, Malasia y Suecia, todos los restantes prevén la obligación de otorgar trato nacional a los inversores extranjeros y, recientemente, en Tratados para evitar la doble imposición tributaria, se han fijado estrictamente, dicho trato para el caso de que cambiaren las políticas de no adhesión o adopción de este medio de solución.

Que si bien, Argentina adoptó, a través de la reforma de 2017, el MAP, no asegura una forma alternativa para los casos que propone el Convenio Modelo, por lo cual pueden quedar sin solución aquellos casos en los que no se arriba a un acuerdo entre ambos países.

Que, a pesar de que el país se manifiesta en contra del arbitraje fiscal internacional, en su propio sistema interno funciona el arbitraje a través del Tribunal Fiscal Arbitral para los casos de conflictos de doble imposición entre las provincias y la nación sobre impuestos coparticipables y sobre el Impuesto a los Ingresos Brutos, integrado dentro del Convenio Multilateral entre las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre y cuando la actividad gravada se desarrolle en diferentes jurisdicciones.

Que, no hay impedimentos constitucionales para la adopción de dicha solución para resolver controversias internacionales, en este sentido se ha expedido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Techint Compañía Técnica Internacional SACE c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.” de fecha 8/5/2007.

Que la República Argentina no puede sostener que resulta imposibilitada por razones políticas la facultad de recurrir, aunque más no se al arbitraje voluntario, tal y como lo ha establecido Chile, ya que en los hechos resulta ha pactado dicha posibilidad en un TBI. Si se atiende a los fines de dotar de coherencia y en el sentido transparencia y de estricta justicia, ante la posibilidad de que un reclamo quede sin resolver, no aporta a la seguridad jurídica, ni a los principios generales de trato justo y equitativo, de no discriminación e incluso, pudiendo llegar a afectar el principio de prohibición de expropiación indirecta, si fuere el caso.

Dado lo anterior, los inversionistas extranjeros protegidos por Tratados de Inversión con cláusulas de la nación más favorecida, dependiendo de las consecuencias perjudiciales derivadas de cuestiones tributarias que fueran contrarias a lo establecido en el Convenio Modelo, podrían acudir a los mecanismos establecidos en los instrumentos internacionales acordados entre Argentina y terceros países.

En esta tesitura, un inversionista que no hubiere obtenido respuesta durante el plazo razonable de dos años desde la activación de un MAP podría válidamente intentar activar un arbitraje voluntario tributario internacional.

X. Bibliografía

1. Bertazza H. (2019). Ley 11683 de procedimiento tributario comentada. La Ley S.A.E. Buenos Aires - Argentina.
2. Dugan, Chistopher F, Don Wallace, Jr, Noah Rubins, Borzu Sabahi. (2008) Investor-State Arbitration — Oxford University Press Inc. Nueva York. Estados Unidos.
3. Gosis, Diego Brian (2010) - Responsabilidad del Estado bajo los Tratados Bilaterales de Inversión – Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires – Argentina.
4. Goya, Marta Susana. MEDIACIÓN-ARBITRAJE FISCAL – Tesis de Especialización en Tributación – UBA – Buenos Aires – Argentina.
5. Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. Práctica Arbitral, Interacción entre la cláusula de nación más favorecida y la disposición sobre el arreglo de diferencias entre Estados e inversores. Recuperado de internet: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13190/1/Interaccion_Iruretagoiena_Arbitraje_2010.pdf
6. Medina Murillo, N. (2021). Mecanismos nacionales e internacionales de resolución de controversias tributarias en los contratos de estabilidad jurídica y su relación con los acuerdos de promoción y protección de inversiones en Colombia. Universidad de los Andes - Colombia.
7. Stanley Leonardo E. (2004) Acuerdo bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente — Naciones Unidas - Santiago de Chile – Chile
8. Zachary, Douglas. (2011) The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails. Journal of International Dispute Settlement, Vol 2, Nro. 1

Recuperado de Internet:

- OECD (2015), Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241633-en>.
- BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms PEER REVIEW DOCUMENTS <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-14-on-more-effective-dispute-resolution-peer-review-documents.pdf>
- <https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>
- <https://www.oecd.org/tax/beps-project-explanatory-statement-9789264263437-en.htm>
- https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/hacer-mas-efectivos-los-mecanismos-de-resolucion-de-controversias-accion-14-informe-final-2015_9789264258266-es
- <https://www.oecd.org/tax/beps/>
- <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action14/>
- OECD (2019), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Argentina (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/4fed4933-en>.
- OECD (2019), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>.
- OECD (2019), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Chile (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/43add6b6-en>.

- OECD (2019), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Colombia (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/7182ca92-en>.
- OECD (2018), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Mexico (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264304345-en>.
- OECD (2021), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Argentina (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/ad982afd-en>.
- OECD (2021), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/30e8a050-en>.
- OECD (2021), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Chile (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1c650976-en>.
- OECD (2021), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Colombia (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/01c36574-en>.
- OECD (2021), Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Mexico (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/26bc3948-en>.

