

LA REFORMA TRIBUTARIA CHILENA Y LOS TRATADOS SOBRE FOMENTO Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

HUGO HURTADO⁶⁹ Y PATRICIA BROWN⁷⁰

La Inversión Extranjera Directa (“IED”) juega un rol decisivo en el crecimiento y desarrollo económico de Chile. Los flujos captados por el país han mantenido una tendencia creciente en los últimos años, alcanzando, de conformidad a la UNCTAD la cifra de US\$20.423 millones en el año 2013.

Los principales países de donde provino la inversión, durante el año 2013, fueron los Países Bajos con US\$5.084 millones, España con US\$3.766 millones, Estados Unidos con US\$2.474 millones, y Japón con US\$984 millones⁷¹.

El éxito del país en materia de atracción de inversiones extranjeras ha sido a su vez reconocido internacionalmente. Chile se ubicó en el año 2012 en el lugar número 12° entre las economías que más inversión extranjera recibieron en el mundo, y en el segundo lugar en Latinoamérica tras Brasil, según el Informe Mundial de Inversión 2013 publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁷².

Por su parte, con fecha 29 de septiembre de 2014, se publicó la Ley N° 20.780 que contiene la reforma tributaria más relevante al sistema

⁶⁹ Hugo Hurtado es profesor y director del magíster de derecho tributario de la Universidad Diego Portales.

⁷⁰ Patricia Brown es profesora y directora del programa de derecho tributario de la Universidad de Miami.

⁷¹ Banco Central de Chile. Inversión extranjera directa por sector y país, [en línea] <<http://www.bcentral.cl/estadisticas-economicas/series-indicadores/>> [consulta: 30 de octubre de 2014].

⁷² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Informe sobre las inversiones en el mundo 2013, [en línea] <http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2013overview_es.pdf> [consulta: 30 de octubre de 2014].

tributario chileno de los últimos 30 años. El proyecto finalmente aprobado es el resultado del protocolo de acuerdo firmado el 8 de julio de este año, entre el gobierno y la oposición, y contempla la creación de dos sistemas tributarios alternativos a partir del año 2017: el régimen de renta atribuida y el régimen parcialmente integrado. Adicionalmente, respecto a este último régimen, la Ley N° 20.780 establece un tratamiento tributario diferenciado, separando a aquellos inversionistas residentes en países con convenios tributarios respecto de otro tipo de inversionistas. Los primeros tributarían con una tasa máxima del 35% mientras que los segundos con una tasa máxima que podría llegar al 44,45%⁷³.

Al respecto entendemos que los inversionistas podrían reevaluar la domiciliación en distintas jurisdicciones y, de no ser esto factible, en los casos indicados en este artículo, podrían recurrir a tribunales internacionales para denunciar el incumplimiento de los Acuerdos sobre Protección y Promoción de las inversiones (APPIs) suscritos por Chile.

El presente artículo analiza precisamente esta última alternativa.

1. Sistema dual de tributación

Bajo la legislación actual, las rentas obtenidas por una empresa en Chile están sujetas al Impuesto de Primera Categoría (IDPC) del 20%, luego esa renta también queda gravada con los impuestos finales sobre base percibida cuando se distribuya a los accionistas o socios residentes y no residentes en Chile. El impuesto pagado por la empresa puede ser utilizado como un crédito contra los impuestos finales de los accionistas o socios, resultando en una carga total del 35% para la distribución de utilidades a los accionistas no residentes. De conformidad al nuevo sistema tributario, existen dos sistemas opcionales:

- **Sistema de Renta Atribuida:** Los accionistas tributarán sobre base devengada, con una tasa del IDPC del 25% aplicada al nivel de la empresa operativa, más el impuesto global complementario (cuya tasa máxima será rebajada del 40% al 35% en el año 2017), o el impuesto adicional del 35% para los accionistas no residentes (siendo el IDPC cien por ciento deducible como crédito). Con este sistema, las utilidades tendrán que ser atribuidas a los dueños o socios, sin importar si se efectúa o no una distribución.

⁷³ Estas tasas son meramente referenciales ya que al modelar situaciones prácticas que incluyen distribuciones de diferencias temporales puede llegarse a tasa incluso mayores.

- **Sistema Parcialmente Integrado:** Los socios estarían gravados sobre base percibida (cuando las utilidades se distribuyan), pero con una tasa del IDPC del 25,5% para el año 2017 (y del 27% desde el 2018). El IDPC todavía sería deducible como crédito en contra del impuesto adicional y global complementario del 35% bajo este sistema, pero de conformidad al nuevo artículo 63 de la Ley de Impuesto a la Renta, el 35% del crédito tendría que ser reintegrado al Fisco, por lo que en la práctica, sólo el 65% del IDPC sería deducible como crédito. Por lo tanto, los contribuyentes pagarían por su derecho a diferir los impuestos finales hasta que las utilidades sean efectivamente distribuidas, tributando con una carga tributaria total más alta (44,45%) que bajo el sistema de renta atribuida.

El procedimiento para escoger entre los dos sistemas dependerá del tipo de entidad. Una decisión unánime de los socios o accionistas será requerida en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones. En las sociedades anónimas, la decisión será tomada en una junta extraordinaria de accionistas con la aprobación de al menos dos tercios de los accionistas con derecho a voto. En caso que no exista acuerdo, la ley determina el sistema elegido para cada contribuyente, dependiendo del tipo de entidad y de la naturaleza jurídica y residencia de sus socios o accionistas.

Las nuevas entidades deberán notificar al Servicio de Impuestos Internos (SII) de su elección al momento de dar aviso de inicio de actividades. Los contribuyentes existentes que deseen modificar su decisión deberán dar aviso dentro de los tres últimos meses del año anterior a aquel en que se pretende utilizar el nuevo sistema elegido.

Una vez que se escoge un determinado sistema, el contribuyente estará obligado a mantenerse en éste por a lo menos 5 años; al final de este período, el contribuyente podrá optar por el otro sistema. Si el contribuyente se cambia del sistema semi-integrado al de renta atribuida, deberá pagar impuestos, en ese momento, por cualquier renta pendiente de tributación.

2. Conflicto con los convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile del proyecto de ley antes de ser modificado

A medida de que la reciente reforma tributaria se fue gestando se fueron levantando múltiples inquietudes acerca de cómo el sistema de tributación

dual propuesta podría llegar eventualmente a afectar la aplicabilidad de los 25 Convenios de Doble Tributación suscritos por Chile a la fecha. Lo anterior desde que Chile ha demostrado ser especialmente cauteloso en cada una de las negociaciones de los instrumentos en comento, algunos basados en el modelo de la OCDE otros en el de la ONU, en poder perpetrar el sistema de tributación integrada actualmente vigente en la legislación local chilena.

Es así como Chile ha acordado, en todos y cada uno de estos tratados, que el artículo referido a los dividendos (el cual generalmente establece que los dividendos pagados por una entidad residente en uno de los países Contratantes pueda ser gravada con impuestos de tasa 5, 10 o 15%) aplica solamente para aquellos dividendos resultantes de una fuente de esa Parte Contratante, no aplicando al Impuesto Adicional Chileno. Es necesario precisar a su vez, que la terminología usada en esta cláusula de excepción, conocida como la “Cláusula Chile”, varía de tratado en tratado, dejándonos en una situación frente a la cual la aplicación de las disposiciones de reforma no resultan de uniforme aplicación para cada uno de los Convenios. Es así como del análisis de la terminología específica de cada uno de los 25 tratados podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- i. Escenario 1: La Cláusula Chile en los Convenios de Australia, Dinamarca, Malasia, México, Noruega, Rusia, Suiza y Tailandia señala que el Impuesto de Primera Categoría (IDPC) debe poder ser rebajado en su totalidad del Impuesto Adicional, de lo contrario, procederán las tasas rebajadas descritas en los artículos 10 de cada Convenio.
- ii. Escenario 2: Los efectos de la introducción del sistema alternativo semi-integrado en Convenios como los de Bélgica, Brasil, Croacia, Colombia, España, Irlanda, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia no es del todo clara. A diferencia de lo que sucede en el escenario recién descrito, la introducción de un sistema semi-integrado en estos casos no generaría una reducción inmediata de las tasas. Es así como, en la medida de que el IDPC deja de poder ser rebajado del Impuesto Adicional, las partes se verán en la obligación de iniciar las conversaciones pertinentes tendientes a reestablecer los beneficios alguna vez establecidos en los correspondientes Convenios.
- iii. Escenario 3: En el caso del convenio con Brasil, se podrán aplicar *ipso facto* las tasas limitadas del artículo 10 del mismo para los

inversionistas extranjeros amparados bajo el D.L. N° 600. Lo anterior dado que el referido convenio indica que “no se limitará la aplicación del Impuesto Adicional en el caso de retiros o remesas de utilidades o dividendos pagados por una empresa cuando la inversión esté sujeta a un contrato de inversión extranjera acogido al Estatuto de la Inversión Extranjera (Decreto Ley N° 600) siempre que la carga impositiva efectiva total a la renta no exceda del 42%”. Por tanto, dependiendo de cómo se calcule el incremento por el 65% del crédito por IDPC, a los inversionistas brasileños amparados en el citado D.L., se les podría aplicar el artículo 10 sin necesidad de un procedimiento de mutuo acuerdo entre Chile y Brasil.

- iv. Escenario 4: Por último, los convenios con Canadá, Corea, Ecuador, Francia, Paraguay y Perú, establecen que Chile podrá aplicar su Impuesto Adicional, sin limitante alguna, siempre y cuando el IDPC se pueda rebajar del Impuesto Adicional a pagar. No existe el requerimiento de que el IDPC sea deducible en su totalidad del Impuesto Adicional, como en los escenarios 1 y 2. En consecuencia, no queda del todo claro si Chile podría aplicar sin más el sistema semi-integrado o bien si quedaría obligado a aplicar las tasas reducidas establecidas bajo estos Convenios. Entendemos que podrían proceder instancias de renegociación de los tratados o bien instancias para llegar a mutuo acuerdo.

En consecuencia, en relación con los dividendos pagados a personas o entidades residentes o domiciliados en alguno de los países bajo los escenarios 1 y 3, la introducción del sistema alternativo semi integrado resultaría en una limitación importante al derecho que le cabría a Chile de hacer tributar tales rentas. Por otro lado, no obstante que bajo los escenarios 2 y 4 la situación se presenta como incierta, es altamente probable que las partes contratantes insistan en no tener un trato menos favorable con respecto a aquellos terceros países con los que Chile haya suscrito Convenios.

Para prevenir este resultado, la propuesta de reforma que finalmente se aprobó como ley establece que aquellos inversionistas de países contratantes con Convenios tendrán derecho a rebajar la totalidad del IDPC contra el impuesto adicional aun cuando hayan optado por el sistema semi-integrado. En consecuencia, los inversionistas de países con Convenio podrán aprovechar la ventaja de poder diferir el pago del Impuesto Adicional hasta el momento en que las respectivas rentas sean

distribuidas, sujetas todavía al impuesto del 35%. Esto último es procedente sin distinguir en cuál de los escenarios se encontraría el inversionista por la aplicación de uno u otro Convenio.

3. Conflicto de la ley con los tratados sobre fomento y protección recíproca de inversiones

No obstante que los ajustes al proyecto de reforma permitieron salvar el tema de las inconsistencias en la aplicación práctica del sistema semi integrado de los Convenios de Doble Tributación, las disposiciones tal cual y como están promulgadas generan incertidumbre en lo que dice relación con los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPis) suscritos por Chile a la fecha.

Para responder esta pregunta, debemos analizar primeramente cómo un convenio internacional forma parte del ordenamiento jurídico chileno y la fuerza jurídica que éste adopta verificado lo anterior.

3.1. Los convenios internacionales v/s la ley doméstica

Para que un convenio internacional pueda formar parte del ordenamiento jurídico nacional es necesaria su negociación y firma por el Presidente de la República, su aprobación por el Congreso, la dictación del decreto promulgatorio por el Presidente y su publicación en el Diario Oficial⁷⁴.

Realizados los trámites antes indicados, de conformidad al citado artículo 54 de la Constitución, las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.

Respecto al valor que tienen los tratados, se ha sostenido que en virtud del mencionado principio de *Pacta Sunt Servanda*, en conjunto con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, el Estado en cumplimiento de las obligaciones y compromisos por él adquiridos, en caso de conflicto entre normas de carácter interno y externo, deberá

⁷⁴ CPR, art. 32 N° 15, art. 54 y art. 93 N° 3. Realizado lo anterior, el Tribunal Constitucional puede efectuar el análisis de constitucionalidad del tratado, si así lo requiere el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

preferir estas últimas⁷⁵, lo que implica “la obligación de no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales”⁷⁶.

Al respecto debe tenerse presente que la doctrina nacional discute la relación jerárquica entre los convenios y las leyes internas⁷⁷. Sin embargo, la doctrina mayoritaria señala que un tratado ratificado es un acuerdo y un acuerdo se hace para ser cumplido, a falta de lo cual existe responsabilidad no sólo internacional, sino también interna⁷⁸. En relación a lo anterior debe tenerse presente la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional serie B, N° 10, pág. 20, que dictaminó: “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”⁷⁹.

A mayor abundamiento, deben tenerse también en consideración las conclusiones de los tribunales superiores de justicia, que indican que “la convención internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile”⁸⁰, y que “después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”⁸¹. De forma que lo dispuesto en un tratado, sin necesariamente tener un rango o jerarquía superior, deberá considerarse aplicable de manera prioritaria sobre la normativa de carácter meramente legal⁸².

⁷⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2002), “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, *Ius Et Praxis*, <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100032&script=sci_arttext> [consulta: 25 de marzo de 2013].

⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007), “Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, internacionales, p. 65.

⁷⁷ RIVERA NEUMANN, TEODORO (2007), “Los Tratados Internacionales y su Control a Posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1, Universidad de Talca, p. 98.

⁷⁸ SOTO, CLAUDIA, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200010&script=sci_arttext>.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica de Tribunales* (1995), pp. 165-168.

⁸¹ Tribunal Constitucional, Rol 288-1999, de 24.06.1999.

⁸² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2003), “Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”, *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 25 de marzo de 2013]; ALDUNATE, (2010), *Ob. Cit.* y TELLEZ (1998), *Ob. Cit.*

Esta norma es consistente con en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que un país no podrá invocar normas de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En virtud de lo anterior, se ha sostenido que *“ello implica en la práctica que un tratado incorporado válidamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establecen un ámbito de contenido normativo de rango constitucional”*⁸³. Sin embargo, lo anterior se ha discutido por ciertos autores, que señalan que *“la resistencia de los tratados frente a la ley o el principio de intangibilidad de ellos, hace que ocupen una posición superior a la ley, constituyendo un escalafón supralegal”*⁸⁴ e inferior a la constitución. Incluso existen autores que establecen que las normas de un tratado internacional tienen la misma jerarquía que una norma de derecho interno⁸⁵.

3.2. Objetivos de los APPIs

Dos de las principales obligaciones vinculantes de las Partes Contratantes establecidas en los APPIs son la cláusula del “trato nacional” (esto es, que el trato de los inversionistas residentes o domiciliados en el otro estado contratante no sea menos favorable que el trato que éste le otorgue a sus nacionales), y la cláusula de la “nación menos favorecida”, de ahora en adelante “MFN” por su acrónimo en inglés (el trato de las inversiones de un residente o domiciliado en otro Estado Contratante no será menos favorable que el acordado con inversionistas de un tercer estado). No obstante ser vinculantes, estas obligaciones están sujetas a ciertas excepciones.

En algunos APPIs de los suscritos por Chile la cláusula MFN no aplicaría para aquellos beneficios establecidos en favor de un tercer estado por medio de un Convenio sobre tributación. Esto no es más que

⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (1997), “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, Ius Et Praxis, Universidad de Talca, p. 13.

⁸⁴ TELLEZ SOTO, CLAUDIA (1998), “Valor Jurídico de los Tratados internacionales en el Derecho Interno”, Revista de Derecho, Universidad Valdivia, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200010&script=sci_arttext> [consulta: 25 de marzo de 2013].

⁸⁵ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010), “La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la Luz del Derecho Positivo”, Ius Et Praxis, Universidad de Talca, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200007> [consulta: 25 de marzo de 2013].

la consecuencia necesaria del hecho de ser los Convenios instrumentos bilaterales. Si no estuviese establecida expresamente esta excepción, cualquier reducción de las tasas del Impuesto Adicional concedidas por Chile a un tercer estado tendrían que automáticamente hacerse disponibles para aquellos países con los que Chile hubiese suscrito un APPI. Otros APPIs usan una terminología más laxa, señalando que esta excepción aplicará para cualquier instrumento de acuerdo internacional. Por último, otros APPIs permiten que Chile conceda un trato más favorable a un tercer estado por medio de su legislación interna. Esto último no hace más que hacernos cuestionar el hecho de que si Chile en su disposición de reforma estaría o no otorgando un trato más favorable a aquellos países con los cuales ha suscrito un Convenio de Doble Tributación en desmedro de aquellos países con los que ha suscrito APPIs, si la materialidad de la disposición cabría dentro de una de las hipótesis de excepción, y en consecuencia, si acaso Chile estaría obligado a hacer extensivo este beneficio a los países con los cuales ha suscrito APPIs mas no Convenios de Doble Tributación.

Una vez más, se hace necesario el prestar atención a la terminología en específico usada en cada APPI de manera de determinar el alcance de los efectos de la reforma en estos. No obstante al realizar este ejercicio es necesario el considerar que el tratamiento concedido a los residentes o domiciliados en países con los que Chile tenga suscrito un Convenio no se establece en una disposición de Convenio. En los escenarios 2 y 3 no existe la disposición que señala que el IDPC tenga la posibilidad de ser rebajado. Los Convenios simplemente establecen las consecuencias –limitantes severas al derecho que cede en favor de Chile de aplicar su Impuesto Adicional– del hecho de que el IDPC no pueda ser rebajado del Impuesto Adicional. En los escenarios 2 y 3 las consecuencias son aún más indeterminadas, pero una vez más no se establece la obligatoriedad de poder rebajar el IDPC. En consecuencia, no se podría llegar a la conclusión de que los beneficios de los inversionistas de las Partes Contratantes están establecidos de por si en un Convenio. En efecto, los beneficios fueron concedidos a los inversionistas de las Partes contratantes en orden de prevenir la no aplicación de la Cláusula Chile en cada uno de estos Convenios.

Para responder esta pregunta debe hacerse un análisis particular de cada uno de los APPIs suscritos por Chile que no tienen un CDI actualmente vigente con Chile.

3.3. Diferencias en las cláusulas de los APPIs

La disposiciones que limitan la aplicación de la nación más favorecida establecidas en los APPIs se diferencian por: (a) la norma jurídica mediante las cuales se pueden otorgar estos beneficios excepcionales (área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica organización económica regional, convenios de doble tributación, acuerdo relacionado en su totalidad o principalmente con materias tributarias, concesiones establecidas en convenios bilaterales o normativa local); y (b) por la forma en que tal beneficio debe estar contenido en la citada norma jurídica (“como consecuencia”, “a través de” o “en virtud de”).

3.3.1. *Análisis Particular*

i. Escenario 1

Existen ciertos países cuyos APPIs disponen que cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer país, más podrá excepcionalmente hacerlo en virtud de: (a) su pertenencia a una unión aduanera o económica, a un mercado común o una zona de libre comercio, o en virtud de su asociación con las mismas; o (b) en virtud de un Convenio para evitar la doble imposición u otros acuerdos en materia fiscal. Entre estos países se encuentran entre otros, Alemania y Venezuela⁸⁶.

Los APPIs de Italia y de Argentina son de similar redacción pero disponen que las excepciones podrán hacerse como consecuencia⁸⁷

⁸⁶ Artículo 3º, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Argentina firmado en Buenos Aires con fecha 2 de agosto de 1991 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_argentina_sp.pdf>; y Artículo 3º, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile e Italia firmado en Santiago con fecha 8 de marzo de 1993 (APPI).

⁸⁷ Artículo 3º, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Alemania firmado en Bonn con fecha 21 de octubre de 1991 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_alemania_sp.pdf>, y Artículo 4º, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Venezuela firmado en Santiago con fecha 2 de abril de 1993 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_venezuela_sp.pdf>.

de las disposiciones de un acuerdo relativo en su totalidad o principalmente a tributación.

ii. Escenario 2

Existen ciertos países cuyos APPIs disponen que cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer país, pero podrá excepcionalmente hacerlo en virtud de: (a) un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica o cualquier otra forma de organización económica regional o (b) en virtud de un acuerdo relacionado en su totalidad o principalmente con materias tributarias⁸⁸. Entre estos países podemos mencionar, entre otros, a Bolivia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Filipinas, Rumania y Ucrania.

Los APPIs de República Checa y de Grecia⁸⁹ son de similar redacción, pero disponen que las excepciones podrán hacerse a través de las disposiciones de un acuerdo relativo en su totalidad o principalmente a temas tributarios.

Así también el APPI de China es de similar redacción, pero dispone que las excepciones podrán hacerse basadas en las disposiciones de un acuerdo relativo en su totalidad o principalmente a tributación.

iii. Escenario 3

Por último, en el caso de Austria e Islandia⁹⁰, se establece que cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de

⁸⁸ Artículo 4°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Bolivia firmado en La Paz con fecha 22 de septiembre de 1994 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_bolivia_sp.pdf>.

⁸⁹ Artículo 4°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Republica Checa firmado en Praga con fecha 24 de abril de 1995 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_czech_sp.pdf>; y Artículo 4° Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Grecia firmado en Atenas con fecha 10 de julio de 1996 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_czech_sp.pdf>.

⁹⁰ Artículo 3°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Austria firmado en Santiago con fecha 8 de septiembre de 1997 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/austria_chile.pdf>; y el Artículo 4°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Islandia firmado en Santiago con fecha 11 de noviembre de 2003 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wpcontent/uploads/2011/01/Chile_Island_sp.pdf>.

la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer país, más podrá excepcionalmente hacerlo sobre la base de (a) una unión económica o aduanera existente o futura o convenio de libre comercio del cual forme o llegue a formar parte cualquiera de las Partes Contratantes, o (b) en virtud de un convenio de doble tributación u otros acuerdos relativos a materias de tributación o (c) en virtud de cualquier legislación nacional relativa a tributación.

3.3.2. Contravención de los APPIs

En nuestra opinión, el establecimiento de la franquicia tributaria establecida en la reforma tributaria para inversiones provenientes de países con Convenios de Doble Tributación (“CDI”) vulneraría los APPIs descritos en los escenarios 1 y 2, toda vez que dicha norma no estaría enmarcada dentro de las excepciones que el acuerdo establece para no otorgar el trato de la nación más favorecida. En efecto, el concepto “en virtud de” no da lugar a dudas en relación a que sólo las franquicias contenidas en un CDI pueden servir de excepción a la aplicación de los beneficios contenidos en los APPIs.

A una similar conclusión puede arribarse de los conceptos “basado en” o “como consecuencia de”, ya que ambos conceptos tienen como hecho fundante para la aplicación de la franquicia, la inclusión del citado beneficio en un CDI. En efecto, una confirmación de lo anterior es la inclusión de la mención “en virtud de cualquier legislación nacional relativa a tributación” en el Escenario 3, la cual permite concluir que sólo en los convenios en los cuales expresamente se otorga la posibilidad de incumplir la obligación contenida en el APPI mediante ley doméstica, es factible establecer tal discriminación por esa vía. Una conclusión diferente significaría una vulneración del principio Pacta Sunt Servanda.

3.3.3. La no aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos

Aunque Estados Unidos es una de las mayores fuentes de inversión extranjera en Chile, los inversionistas estadounidenses resultaron ser más propensos a sufrir las consecuencias negativas de las disposiciones de reforma que los inversionistas de terceros países. El principal problema radica en el hecho de que el Senado de Estados Unidos aún no se ha pronunciado sobre el Convenio que fue firmado por los Estados Unidos

y Chile el año 2010. La suspensión en el procedimiento de aprobación del Convenio no se entendió como una contingencia sino hasta el día de hoy, desde que Estados Unidos antes de la reforma, y por consideración de la Cláusula Chile, no recibía ningún beneficio por los dividendos remesados desde Chile.

Además, no obstante que el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos el año 2003 incluye muchas de las cláusulas proteccionistas a las inversiones de los APPIS, incluyendo el trato nacional y las obligaciones de la NMF con respecto a la inversión, parecería que el Tratado no podría en los hechos impedir que Chile aplicara su nuevo régimen a las empresas chilenas de propiedad de los inversionistas estadounidenses.

Esto se debería a que el artículo 23.3 (4) (b) del Tratado establecería que la obligación de NMF con respecto a la inversión se aplica solo respecto de aquellas medidas fiscales “distintas de aquellas que versen sobre las rentas, ganancias de capital, o sobre el capital gravable de las empresas.” Como resultado, los inversionistas estadounidenses parecerían estar en una situación aún menos favorable que la de inversionistas de países como los del escenario número 2 anterior. Es de esperar, en consecuencia, que este escenario que desfavorece al inversionista estadounidense resulte en que el Senado norteamericano tome la iniciativa para avanzar hacia una renegociación del Convenio en comento. De lo contrario, los inversionistas estadounidenses tendrían el incentivo para tratar de reconducir sus inversiones a través de terceros países, tales como Brasil, España o Suiza, que resultarán protegidos de los efectos negativos del nuevo régimen fiscal de Chile.

4. Procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de los APPIS

En términos generales, las controversias que surjan en el ámbito de los APPIS entre una de las Partes Contratantes y un inversionista, persona natural o jurídica, de la otra Parte Contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, deben ser, primeramente, solucionadas por medio de consultas amistosas.

Si dichas consultas no dieran como resultado un acuerdo dentro de un delimitado margen de tiempo (tres, cinco o seis meses) desde la fecha de la solicitud o notificación del conflicto, el inversionista podrá remitir la controversia a distintas instancias dependiendo de lo que se

establezca en cada APPI en particular. Dentro de las alternativas que se establecen en las distintas cláusulas los inversionistas podrían llegar a concurrir frente a: (i) el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; (ii) a arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre los Estados y los Nacionales de otros Estados suscrita en Washington, el 18 de marzo de 1965; o, (iii) un árbitro del tribunal internacional ad-hoc establecido en virtud de las Normas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Bajo esta hipótesis se constituirían como principales elementos diferenciadores entre las cláusulas de los APPIs: (a) el margen temporal dentro del cual se podría llegar a un acuerdo en términos amistosos; y, (b) las entidades frente a las cuales las entidades o individuos afectados podrían concurrir en caso de incumplimiento.

En relación a los diferentes márgenes temporales (letra (a)) que contemplan los distintos APPIs para poder acordar en términos amistosos la resolución del conflicto nos encontramos ante cuatro distintas hipótesis.

i. Escenario 1:

Existen ciertas cláusulas en los APPIs que contemplan un límite temporal ascendente a **6 meses**, entre estos países se encuentran, entre otros, Finlandia, Alemania, Islandia, China, Guatemala, Argentina y Bolivia. La redacción de estas cláusulas, generalmente, es la siguiente:

*“Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de **seis meses** a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad (...)”⁹¹.*

ii. Escenario 2:

La cláusula del APPI de Costa Rica, de manera excepcional, contempla un límite temporal ascendente a **5 meses**, la redacción de esta disposición es la siguiente:

⁹¹ Artículo 10°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Bolivia firmado en La Paz con fecha 22 de septiembre de 1994 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_bolivia_sp.pdf>.

*“Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de **cinco meses** a contar de la fecha de la notificación escrita mencionada en el párrafo I., el inversionista podrá remitir la controversia a (...)”⁹².*

iii. Escenario 3:

Existen ciertas cláusulas en los APPIs que contemplan un límite temporal ascendente a **3 meses**, entre estos países se encuentran, entre otros, Cuba, El Salvador, Austria, Republica Checa, Grecia, Turquía, Rumania y Ucrania.

*“Si dichas consultas no dieran como resultado una solución dentro de **tres meses** desde la fecha de la solicitud de solución, el inversionista podrá remitir la controversia ya sea (...)”⁹³.*

iv. Escenario 4:

La cláusula del APPI de Venezuela, de manera excepcional, **no contempla un límite temporal**, la redacción de esta disposición es la siguiente:

“De no lograrse una solución amistosa, el inversionista podrá someter la controversia a (...)”⁹⁴.

Ahora bien, en lo que dice relación con las entidades frente a las cuales las personas jurídicas o individuos afectados podrían concurrir en caso de incumplimiento (letra (b)), nos podemos encontrar ante tres distintos escenarios:

i. Escenario 1:

Existen ciertos países que pueden alternativamente optar por concurrir ante: (a) el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; (b) el arbitraje internacional ante el CIADI; o (iii) un árbitro del tribunal internacional ad-hoc establecido en virtud de las Normas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁹² Artículo 9°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Costa Rica firmado en San Jose con fecha 11 de julio de 1996 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_costarica_sp.pdf>.

⁹³ Artículo 4°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Cuba firmado en La Habana con fecha 10 de enero de 1996 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_cuba_sp.pdf>.

⁹⁴ Artículo 8°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Venezuela firmado en Santiago con fecha 2 de abril de 1993 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_venezuela_sp.pdf>.

Estos países son, entre otros, Turquía, Islandia, Austria, Republica Checa, Grecia y Argentina.

ii. Escenario 2:

Existen ciertos países que pueden alternativamente optar por concurrir ante: (a) el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o (b) el arbitraje internacional ante el CIADI.

Entre estos países podemos mencionar, entre otros, a Bolivia, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Finlandia, Rumania y Ucrania.

iii. Escenario 3:

En el caso de Alemania⁹⁵ se establece un procedimiento algo más complejo en el cual se dispone que la controversia podrá ser sometida a instancia de una de las partes litigantes a: (1) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, pero en este caso podrá someterse la controversia a un tribunal arbitral internacional: (a) cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto anteriormente o, (b) cuando, existiendo tal decisión, una de las partes litigantes entienda que la misma infringe las disposiciones del APPI; o a (2) a un tribunal arbitral internacional, en este último caso y en el de las letras (a) y (b) anteriores, las divergencias entre las partes litigantes se someterán, cuando no hubiesen acordado otra cosa, a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” de 18 de marzo de 1965.

iv. Escenario 4:

El caso de China⁹⁶ contempla un caso excepcional en materia de resolución de conflictos. En dicho APPI se establece que la controversia podrá ser sometida a instancia de una de las partes litigantes a: (1) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo

⁹⁵ Artículo 10°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y Alemania firmado en Bonn con fecha 21 de octubre de 1991 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_germany_sp.pdf>.

⁹⁶ Artículo 8°, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Chile y China firmado en Santiago con fecha 23 de marzo de 1994 (APPI), [en línea] <http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/chile_china.pdf>.

territorio se efectuó la inversión, o a (2) un tribunal ad-hoc determinado por las partes. No obstante, toda disputa que diga relación con materias de compensación por expropiaciones será sometido a procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” de 18 de marzo de 1965.

5. *Los APPIs y las disputas internacionales en el derecho comparado*

El CIADI ha reconocido en diversa jurisprudencia su competencia para resolver conflictos que involucren materias tributarias en la medida de que como consecuencia de estos conflictos se vean afectados países que hayan suscrito los acuerdos en comento. El CIADI ha establecido como prerequisite de su competencia, que la disputa legal surja directamente de la injerencia de un tributo sobre la inversión.

Es así como, por ejemplo, en *Kaiser Bauxita v. Jamaica*⁹⁷, los inversionistas extranjeros y el estado de Jamaica habían llegado a un acuerdo el cual contenía una cláusula de “inamovilidad tributaria”, confirmándose que Jamaica no estaría facultado para imponer un impuesto diferente a aquel establecido expresamente en el acuerdo. Con posterioridad Jamaica estableció un impuesto distinto a aquel establecido en el acuerdo y Kaiser Bauxita presentó la controversia ante el CIADI. El Tribunal señaló que la disputa sobre el aumento de los impuestos era, efectivamente, de su competencia en la medida en que la diferencia impositiva decía directa relación con los derechos y obligaciones de las partes como consecuencia de una disposición particular de los acuerdos, creándose así una disputa legal de competencia de el CIADI.

El CIADI emitió una decisión similar en *Alcoa Minerales v. Jamaica*⁹⁸, donde Alcoa Minerales y el estado de Jamaica también habían llegado a un acuerdo que contenía una cláusula de “inamovilidad tributaria”, vulnerándose con posterioridad este acuerdo. El CIADI una vez más confirmó su jurisdicción ya que la controversia recaía en una inversión extranjera dependiente de un acuerdo con el estado de Jamaica y, por lo tanto, cabría caído bajo los supuestos previstos por la convención.

⁹⁷ *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 06.06.1975, Caso N° ARB/74/3.

⁹⁸ *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 06.07.1975, Caso N° ARB/74/2.

En *Goetz v. Burundi*⁹⁹, los inversionistas belgas señalaron que la denegación por parte del estado de Burundi del reconocimiento de un certificado que declaraba una zona libre comercio, al que tenía derecho su compañía para beneficiarse de una exención en materia de impuestos y derechos aduaneros, constituía una expropiación de su inversión. El CIADI se aproximó a la temática en *Goetz v. Burundi* al señalar que, independientemente del tipo de medida que hubiese tomado el gobierno de Burundi, todo aquello que diga relación con la reparación de perjuicios que hubiesen sufrido inversiones extranjeras son disputas legales sobre las cuales se extiende la jurisdicción del CIADI.

En *Feldman v. México*¹⁰⁰, los inversionistas extranjeros eran exportadores de cigarrillos en México. Los inversionistas señalaron que las autoridades fiscales mexicanas concedían a ciertas empresas nacionales que participan en su mismo negocio descuentos sobre los impuestos aplicables a los cigarrillos exportados durante cierto período de tiempo en que los mismos descuentos se habían negado a los inversionistas extranjeros. La CIADI señaló que la negativa de las autoridades fiscales frente a la devolución del impuesto constituía una violación del principio de trato nacional señalado en el tratado.

Del mismo modo, en *Occidental v. Ecuador*¹⁰¹, el inversionista extranjero ganó una disputa que surgió a partir de la negativa de las autoridades fiscales a la devolución del IVA soportado en ciertas operaciones de la compañía. *Occidental* habría solicitado y conseguido regularmente de las autoridades tributarias ecuatorianas el reembolso en comento, sin embargo, el año 2001 las autoridades tributarias ecuatorianas le negaron los reembolsos solicitados requiriéndoles además la devolución de los importes previamente reembolsados. El inversionista extranjero señaló que las autoridades fiscales ecuatorianas habían violado las garantías establecidas en el APPI, determinando el CIADI que el contrato en comento

⁹⁹ ANTOINE GOETZ et al v. Burundi, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 10.02.1999, Caso No. ARB/95/3, [en línea] <www.investmentclaims.com/decisions/Goetz-Burundi-Award-10Feb1999.pdf> [consulta: 30 de octubre de 2014].

¹⁰⁰ *Feldman v. Mexico*, London Court of International Arbitration (LCIA), 16.12.2002, Caso No. ARB (AF)/99/1, [en línea] <www.investmentclaims.com/decisions/Feldman-Mexico-Award-16Dec2002-Eng.pdf> [consulta: 30 de octubre de 2014].

¹⁰¹ *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration (LCIA), 01.07.2004, Caso UN 3467 [en línea] <www.investmentclaims.com/decisions/Encana_Ecuador_Award.pdf> [consulta: 30 de octubre de 2014].

haría las veces de un acuerdo de inversión y que en virtud del tratado, el tribunal tenía jurisdicción para conocer del presente caso.

En *Investment Arbitration in Tax Matters: Some Thoughts on Selected International Case Law*¹⁰², Edwin Vanderbruggen señala al respecto que “si bien los tratados de inversión no estaban destinados a crear derechos para los inversionistas extranjeros en términos de impuestos,” estos en la práctica proveen al inversionista de todo tipo de “derechos y parámetros para todos los tipos de tratamiento que dé a una inversión el Estado receptor de la misma”. Vanderbruggen señala que mientras que el inversionista no podría utilizar el acuerdo de inversión para proceder directamente contra una medida de carácter fiscal, el inversionista podría objetar la violación de un derecho en el marco de un acuerdo de inversión como consecuencia de una medida fiscal.

Es así como entendemos que eventualmente los inversionistas afectados por la reforma tributaria podrían llegar a construir un caso ante el CIADI por la contravención de la cláusula de la MFN más que por el solo incremento impositivo. Por lo tanto, el hecho de que la supuesta contravención implicaría una cuestión meramente impositiva no debería impedir que el CIADI pudiera ejercer su jurisdicción por contravención de un APPI sobre la cláusula de ajuste en la reforma tributaria que favorecería a los países con CDI por sobre los con APPIs.

6. Conclusión

La modificación a la reforma tributaria alcanzada en el Protocolo de Acuerdo alcanzado entre el Gobierno y el Senado buscaba evitar el conflicto de la ley doméstica con algunos CDIs suscritos por Chile.

Sin embargo, esta modificación podría llevar a inversionistas extranjeros a modificar las jurisdicciones desde las cuales invierten en Chile, lo cual, de no existir suficiente sustancia económica en nuevo país que detentará la inversión en Chile, podría contravenir normas que previenen el *tax treaty shopping* establecidos en algunos CDIs suscritos por Chile.

¹⁰² VANDERBRUGGEN, EDWIN. *Investment Arbitration in Tax Matters: Some Thoughts on Selected International Case Law* [en línea] <<http://www.nzica.com/Training-and-events/CPD-policy-and-online-log/~media/NZICA/Docs/Resources%20and%20publications/2013%20Tax%20Conference/TC13%20E%20Vanderbruggen%20paper.ashx>> [consulta: 30 de octubre de 2014].

De no ser posible cambiar el país desde el cual se detenta la inversión en la(s) sociedad(es) chilena(s), los inversionistas domiciliados en los países podrían solicitar ante el CIADI, el incumplimiento del principio de no discriminación establecidos en algunos APPIs.

No obstante lo anterior, no es posible concluir una regla general y es necesario realizar un análisis caso a caso para determinar si la ley doméstica genera o no incumplimiento de un determinado APPI.