

La Crónica del FfD



CIVIL SOCIETY
FINANCING FOR
DEVELOPMENT
Mechanism

El Mecanismo de Financiamiento de la Sociedad Civil para el Desarrollo (FpD) es un grupo abierto que incluye a cientos de organizaciones y redes de distintas regiones alrededor del mundo. El principio rector del espacio es asegurar que la sociedad civil pueda expresarse con una voz colectiva.

CORTEJANDO EL DESASTRE: LA AMENAZA DEL ARBITRAJE

El pasado viernes, empleados del Departamento de Comercio del gobierno británico despertaron con la noticia de que estaban siendo demandados por una empresa de inversión de Singapur y potencialmente expuestos al pago de millones de libras provenientes de fondos públicos.

¿Por qué? Porque el Tribunal Superior del Reino Unido había anulado una solicitud para abrir una nueva mina de carbón en Cumbria, en el norte de Inglaterra, señalando su incompatibilidad con los objetivos climáticos del país. Según los inversores, esta decisión violaba un acuerdo comercial entre el Reino Unido y Singapur de 1975 que incluía una cláusula de solución de controversias inversor-Estado (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*, en inglés). Alegan que el Reino Unido debe pagar una compensación por las ganancias que la empresa dejó de obtener debido al bloqueo de la mina.

Los mecanismos ISDS se han ganado merecidamente su mala fama. Estos instrumentos establecen mecanismos de arbitraje a menudo secretos y en gran medida sin rendición de cuentas, que funcionan en paralelo al sistema judicial de los países. Estos “tribunales secretos” han sido utilizados repetidamente por empresas para demandar a gobiernos por políticas que podrían afectar sus beneficios.

El cierre de la última mina de carbón del Reino Unido se consideró uno de los principales logros climáticos del gobierno británico. Descubrir de repente que debían pagar millones de libras en compensación como consecuencia de ello debió de ser un golpe amargo.

Podría esperarse que una experiencia así hiciera que cualquiera rechazara por completo la idea de los tribunales de arbitraje secretos. Sin embargo, el Reino Unido y muchos otros países que han sido víctimas del ISDS han seguido coqueteando con el arbitraje en sus aportaciones escritas y orales al proceso de la Convención Fiscal de la ONU. De forma similar, varios Estados miembros de la UE también han seguido defendiendo el arbitraje.

Seamos absolutamente claros: el arbitraje socava los derechos tributarios y la soberanía de todos los Estados, tanto del Norte Global como del Sur Global, en beneficio de un grupo reducido de empresas. Los datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTAD*) muestran que los inversores han impugnado medidas fiscales en 165 casos de resolución de disputas entre empresas y Estados durante el período 1987-2021. De ellos, España es el país más demandado, con 42 casos entre 2012 y 2021. El 60% de los casos relacionados con impuestos en ese período se interpusieron contra países desarrollados. Y esto beneficia a empresas radicadas en unos pocos países: por ejemplo, 26 de estos casos fueron iniciados por empresas con sede en Estados Unidos.

En resumen, todos perdemos con el arbitraje, y hay numerosos ejemplos de cómo los arbitrajes pueden ser perjudiciales para todos los países y para el interés público.

Esto no es solo un problema de capacidades: los mecanismos de arbitraje tienen problemas inherentes que los países del Norte Global también han encontrado difíciles de manejar. Organizaciones de la sociedad civil y agencias de la ONU han realizado investigaciones exhaustivas que han identificado una serie de preocupaciones. Por ejemplo:

1. Al no tener generalmente un mandato sobre todo el marco jurídico, los mecanismos de arbitraje contribuyen a la fragmentación legal y privilegian los intereses de los inversores por encima de los intereses públicos, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.
2. Socavan la soberanía fiscal, dejando la interpretación de cuestiones jurídicas complejas en manos de árbitros privados sin rendición de cuentas.
3. Carecen de transparencia: las decisiones no se publican de forma sistemática, aunque sientan precedentes negativos que pueden beneficiar a determinadas empresas, pero a menudo perjudican a las sociedades.
4. Generan un debilitamiento regulatorio, incluso en materia fiscal, y suelen emplearse para impugnar leyes de interés público, incluidas normas de protección ambiental y sanitaria que son esenciales para abordar los retos contemporáneos.
5. Otorgan a las empresas multinacionales una vía legal privilegiada que no está disponible para los ciudadanos ni para las empresas nacionales, excluyendo a las comunidades afectadas y a la sociedad civil.
6. A menudo no logran ofrecer resultados equitativos, en parte porque los tribunales carecen de conocimientos especializados en derecho fiscal interno, políticas de desarrollo y derechos humanos.

Se argumenta que gran parte de esta evidencia se refiere al arbitraje fiscal en el marco de tratados comerciales o de inversión, pero no hay motivo para pensar que sería diferente en cuestiones fiscales transfronterizas: la lógica y los mecanismos problemáticos del arbitraje son los mismos. Queremos subrayar este punto: al igual que otras medidas que complejizan y privatizan el sistema fiscal, el arbitraje no está en el interés de ningún país, solo en el de los actores privados.

E incluso para las empresas, surgen preguntas: el sector privado suele insistir en la importancia de la seguridad jurídica. Sin embargo, la mejor manera de lograrla no es fragmentar la ley a través de múltiples mecanismos privados de reclamación, sino contar con un mecanismo público, único y unificado en el marco de la Convención Marco.

La forma de reducir la cantidad de disputas es centrarse en la prevención, lo que incluye la introducción de informes públicos país por país, así como la simplificación del sistema mediante la tributación unitaria y el reparto proporcional.

CARIÑO... ¡NO!

Con las negociaciones sumergiéndose en el mundo de la tributación corporativa, esta semana ha sido un viaje por la tierra de la ficción. Ahora llegó el turno de la idea de que existen soluciones fáciles y justas para las controversias en materia de precios de transferencia.

Al leer la nota elaborada por el Grupo de Trabajo III, queda claro que algunos gobiernos creen que el sistema podría volverse más seguro con la ayuda de los acuerdos anticipados de precios de transferencia (*Advance Pricing Agreements* o APAs, en inglés).

Sin embargo, una revisión por la historia más reciente de este tipo particular de decisiones tributarias genera serias dudas sobre que este sea el camino correcto para salir del laberinto. Los APAs se utilizan a veces como herramienta para negociar un acuerdo entre una empresa multinacional y una administración tributaria (*APAs unilaterales*) sobre cómo se interpretarán y aplicarán las reglas poco claras del sistema de precios de transferencia.

Pero los APAs son altamente controvertidos, sobre todo después del escándalo *LuxLeaks* de 2014, donde rápidamente pasaron a conocerse como *Sweetheart Deals* ("acuerdos a medida"). En ese mismo período, varios APAs fueron objeto de investigaciones por ayudas estatales (*state aid*) iniciadas por la Comisión Europea (CE).



Y LUEGO, NECESITAMOS UN TERCER PROTOCOLO PARA RESOLVER LAS DISPUTAS BAJO EL PROTOCOLO 1, Y UN CUARTO PROTOCOLO PARA RESOLVER LAS DISPUTAS ENTRE LOS PROTOCOLOS 1, 2 Y 3.

¡LES DIGO QUE ES GENIAL!

Las autoridades europeas acabaron perdiendo muchos de estos casos en los tribunales, pero en 2024, el más famoso de todos, el llamado caso Apple, concluyó con la anulación de dos APAs por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El país que había emitido los APAs, Irlanda, habría gastado aproximadamente 10 millones de euros de dinero público en litigar contra la Comisión.

La parte más absurda del caso fue la consecuencia de la derrota legal irlandesa. El país tuvo que reclamar a Apple aproximadamente 13.000 millones de euros en impuestos impagados. Y, en relación con el debate sobre la *asignación justa de los derechos de imposición*, cabe destacar que los ingresos de Apple se habían generado en países de toda Europa, África, Medio Oriente e India.

La moraleja de toda esta historia es: los APAs no proporcionan certeza a nadie, y no vamos a corregir la injusticia del actual sistema fiscal corporativo global incorporando un problema estructural en un protocolo de resolución de disputas. Necesitamos un sistema fundamentalmente distinto, y el lugar para lograrlo es el Grupo de Trabajo I; es decir, en el marco de la Convención.



UNA HISTORIA SOBRE CÓMO SURGIERON LAS NEGOCIACIONES DEL CONVENIO FISCAL DE LA ONU

HAN SIDO UNA CUESTIÓN MUY RELEVANTE EN LA LUCHA DE LA SOCIEDAD CIVIL POR UNA CONVENCIÓN FISCAL DE LAS NACIONES UNIDAS JUSTA, EFICAZ Y PROGRESISTA.

¡MIRA LA HISTORIA DEL GLOBAL TAX BODY!

