

# NO TAXATION WITHOUT INVESTMENT PROTECTION: LA POTESTAD TRIBUTARIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

## *NO TAXATION WITHOUT INVESTMENT PROTECTION: THE POWER TO TAX IN INVESTMENT ARBITRATION*

Bruno Doig Gonzales-Otoya\*  
Bullard Falla Ezcurra<sup>+</sup>

Daniel Masnjak Marín\*\*  
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*In order to attract foreign investors to its territory, States tend to enter into international treaties and investment contracts in which they offer guarantees of a due exercise of government power. In case of breach, the investor may sue the State in an international arbitration proceeding and obtain a compensation for the damages caused. Therefore, recent judicial rulings aim to achieve a balance between guarantees and regulatory rights, which both investors and States should grasp.*

*This article explains how arbitration works as a mean to solve tax related disputes between investors and States. Then, it presents the application of guarantees in arbitration, such as tax stability clauses or protection standards regarding expropriation and fair and equitable treatment.*

**KEYWORDS:** *investment arbitration; Power to Tax; investment protection treaties; investment contracts.*

*Para atraer inversionistas extranjeros a su territorio, los Estados suelen celebrar tratados internacionales y contratos de inversión en que ofrecen garantías de un debido ejercicio del poder estatal. En caso de incumplirlas, el inversionista tiene la posibilidad de demandar al Estado en un arbitraje internacional y obtener una compensación por los daños que el incumplimiento le hubiera generado. Los límites a la potestad estatal alcanzan, ciertamente, a la potestad tributaria. Así, la jurisprudencia reciente tiende a buscar un equilibrio entre garantías y derechos regulatorios que es saludable sea conocido tanto por inversionistas como por Estados.*

*Con ese fin, el presente artículo explica cómo el arbitraje funciona como medio para solucionar controversias tributarias entre inversionistas y Estados. Luego, expone la aplicación en este de garantías, como las cláusulas de estabilidad tributaria o los estándares de protección sobre expropiación y trato justo y equitativo.*

**PALABRAS CLAVE:** *arbitraje de inversiones; potestad tributaria; tratados sobre protección de inversiones; contratos de inversión.*

\* Abogado. Asociado en Bullard Falla Ezcurra+, Lima, Perú. Contacto: [bdoig@bullardgabogados.pe](mailto:bdoig@bullardgabogados.pe).

\*\* Estudiante de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Contacto: [dmasnjak@bullardabogados.pe](mailto:dmasnjak@bullardabogados.pe).

## I. INTRODUCCIÓN

Usted es un extranjero que aporta capital en el país. Ha confiado en regímenes tributarios especiales aprobados por el Estado para atraer la inversión foránea directa. Años después, ocurre un cambio en el régimen tributario: la Administración tributaria cambia de interpretación con respecto a la aplicación de las normas preexistentes, considera que usted evade impuestos y congela sus activos en el país. La fiscalía inicia procesos penales y el juez ordena prisión contra usted. Si bien apela todas las decisiones, el Poder Judicial es afín al Gobierno y al Congreso, por lo que no tiene oportunidad de hacer escuchar su caso.

El caso planteado resume hechos ocurridos en la realidad y que originaron la mayor compensación<sup>1</sup> ordenada en la historia en un arbitraje de inversión: Yukos contra Rusia (Yukos c. Rusia, 2014; Hulley c. Rusia, 2014; Veteran c. Rusia, 2014)<sup>2</sup>. La maquinaria tributaria del Estado es muy poderosa y, en un contexto de creciente populismo y proteccionismo económico en todo el mundo, resulta claro que las inversiones extranjeras pueden convertirse en uno de los primeros blancos de gobiernos de este tipo. En esa línea, el arbitraje inversionista-Estado puede servir como una pieza fundamental para salvaguardar los derechos de los inversionistas extranjeros en tales casos, por lo que resulta necesario introducir a la palestra nacional las principales reglas y principios de dicho sistema para demostrar que, bajo el sistema de protección a las inversiones, no hay tributos sin protección a las inversiones: *No taxation without investment protection*. Demostrar ello es el propósito de este trabajo.

En este punto, cabe precisar que, para efectos de este artículo, nos concentraremos en el arbitraje

de inversiones basado en contratos o tratados de protección a los inversionistas. Por el contrario, no nos referimos a los Acuerdos Bilaterales sobre Doble Imposición pues, como señalan Wälde y Kolo, estos tratados no abarcan el tipo de derechos y vulneraciones discutidos en controversias inversionista-Estado, sino que se centran en la relación y cooperación Estado-Estado para decidir cómo distribuirse los ingresos derivados de tributos. En sus palabras:

These treaties, however, do not deal with the type of investment disputes at issue where investors allege the abuse by host governments of their taxation powers; they deal, rather, with either exchange of information between tax authorities to combat tax evasion or develop jointly instruments against undesirable tax avoidance<sup>3</sup> (2008, p. 557).

Ahora bien, la potestad tributaria del Estado es muy importante. Sin esta, no se podrían sustentar los hospitales, ni las escuelas. De hecho, en uno de los primeros casos relacionados a tributos que afectaban los derechos de inversionistas extranjeros fueron rechazados *in limine*, por encontrarse la potestad tributaria dentro de la discrecionalidad del Estado; esto, según lo resuelto por el Tribunal Arbitral de Alta Silesia<sup>4</sup> en el caso Kügele contra Polonia, de 1932. Sin embargo, según se demuestra en este artículo, actualmente, la casuística del derecho moderno de protección a las inversiones ha virado y ha llegado a la conclusión de que dicha potestad no puede ejercitarse en desmedro de las obligaciones estatales bajo los contratos y los tratados internacionales de protección a las inversiones. No puede haber tributos sin protección a las inversiones: *No taxation without investment protection*.

<sup>1</sup> En total, la compensación ordenada por el Tribunal Arbitral para los tres casos ascendió a más de cincuenta mil millones de dólares americanos. Actualmente, se encuentra pendiente la decisión por las cortes holandesas de la apelación contra la sentencia que anuló los laudos.

<sup>2</sup> Los hechos ocurridos entre Yukos y Rusia han originado una serie de controversias en distintos foros. Adicionalmente a los señalados, el 20 de setiembre de 2011, rectificada el 8 de marzo de 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia a favor del inversionista por violación al debido proceso, al derecho a la propiedad y por discriminación. Asimismo, en 2010 y 2012, se resolvieron dos casos en la Cámara de Comercio de Estocolmo: RosInvestCo UK Ltd. c. Rusia, SCC Caso V079/2005; y Renta 4 S.V.S.A. Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Rusia, SCC 24/2007, respectivamente. Sin embargo, los laudos fueron anulados por falta de jurisdicción. Además de ello, se llevaron a cabo una serie de arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional entre Yukos Capital (empresa formada por los antiguos accionistas y administradores) y Rosneft (empresa que adquirió los activos de la antigua Yukos), generando luego una serie de controversias en Rusia, los Países Bajos, Estados Unidos, Reino Unido y Francia para ejecutarlos.

<sup>3</sup> Estos tratados, sin embargo, no versan sobre controversias de inversiones en que los inversionistas alegan el abuso por parte del gobierno local o de su potestad tributaria; sino, más bien, versan sobre el intercambio de información entre autoridades tributarias para combatir la evasión tributaria o desarrollar conjuntamente instrumentos que les permitan luchar contra la elusión tributaria [traducción libre].

<sup>4</sup> Este tribunal fue constituido como consecuencia del Convenio de Ginebra de 1922 entre Polonia y Alemania para resolver diversos asuntos relativos a la repartición territorial de Alta Silesia, permitiendo reclamos directos de individuos afectados.

Para ofrecer un clima favorable a la inversión extranjera directa, los Estados han suscrito contratos de inversión y tratados internacionales en los que se garantizan límites al poder soberano. En el caso de los tratados, por ejemplo, el Estado suele comprometerse a que no se les dará un trato menos favorable que a sus nacionales o que no expropiará sus bienes sin que medie interés público y una debida compensación. Todo esto, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Estas garantías y el sometimiento de las controversias a arbitraje internacional reducen los riesgos legales e incentivan al extranjero a invertir en el país (Boubakri, Mansi y Saffar, 2013, pp. 203-206; Jensen, 2008, pp. 1040-1041).

Dentro del amplio espectro del poder estatal se encuentra, naturalmente, la potestad tributaria. En ese sentido, –salvo que su exclusión se colija de la interpretación del contrato o tratado relevante– también se encontrará sujeta a las garantías ofrecidas por el Estado a los inversionistas. Esto implica que, aunque sea una manifestación de la soberanía, el ejercicio de la potestad tributaria se encuentra sujeto a ciertos límites que pueden ser reclamados a través de un arbitraje de inversiones, sea bajo un tratado de protección de inversiones o bajo un contrato de inversión.

No obstante, las protecciones frente al poder del Estado y, particularmente en el caso de la potestad tributaria, carecen de claridad en cuanto a sus alcances, son limitadas o simplemente su aplicación se encuentra exceptuada. Esto representa un reto para llevar un caso de tributos al arbitraje de inversiones, lo cual es incoherente con la necesidad de que exista protección a las inversiones, incluso en cuanto a materia tributaria.

A continuación, examinamos las principales reglas y principios, de jurisdicción y de fondo, que permiten a los inversionistas extranjeros demandar al Estado en un arbitraje por medidas tributarias indebidas. Ello, a efectos de probar que el derecho internacional de protección a las inversiones establece límites a la potestad tributaria y obliga al Estado a no ejercer medidas tributarias contrarias a dicha protección. *No taxation, without investment protection*.

A tales efectos, en el apartado II explicaremos brevemente en qué consiste el arbitraje de inversiones, particularmente, cuál es su función y objetivos, así como la estructura general del mismo. La finalidad es demostrar cómo precisamente dicha función y objetivos hacen necesaria la protección frente a la potestad tributaria. Posteriormente, en el apartado III, analizaremos la principal problemática que se puede presentar para acceder a la

jurisdicción arbitral en materia tributaria: las excepciones incluidas en dicha materia por algunos tratados, las posibles objeciones por la adecuada substanciación de la controversia, así como los efectos de las cláusulas *fork in the road* o de elección de vía. Estos casos demuestran que los Estados han establecido acuerdos que limitan el acceso de los inversionistas a la jurisdicción de un tribunal de inversiones, lo cual puede afectar la adecuada protección de los inversionistas frente a medidas tributarias indebidas. Luego, en el apartado IV, analizaremos qué protecciones de fondo pueden ser alegadas por el inversionista para protegerse de la potestad tributaria estatal. Así, analizaremos la posibilidad de iniciar una controversia sobre la base de un contrato de estabilidad o de un tratado internacional de protección a las inversiones. En este último caso, examinaremos los estándares de expropiación, trato justo y equitativo, cláusula paraguas, trato nacional, trato de nación más favorecida y libre transferencia de remesas. Estos estándares precisamente son los que establecen los límites a la potestad tributaria derivados de la protección a las inversiones. Finalmente, en el apartado V, exploramos la posibilidad de acceder a remedios provisionales en casos urgentes, como medida de protección al inversionista y de límite a la potestad estatal.

## II. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE DE INVERSIONES?

El arbitraje internacional recién se volvió un medio común para solucionar controversias entre Estados e inversionistas extranjeros en la segunda mitad del siglo XX. Antes, un inversionista extranjero tenía que recurrir a las vías internas del propio Estado receptor para cuestionar sus actos y, en todo caso, agotadas las mismas, procedía a solicitar protección diplomática.

No hace falta listar los riesgos que implicaba y sigue implicando demandar a un Estado en sus propias cortes, especialmente en países de frágil institucionalidad. Esto perjudicaba no solo al inversionista, sino a los Estados. Desde la inoperancia logística de muchos sistemas judiciales estatales hasta la vulneración de garantías elementales para un debido proceso, muchos factores relacionados a una mala administración de justicia incrementan el riesgo país y reducen las inversiones extranjeras (Staats y Biglaiser, 2011, pp. 611-615; Klerman, 2007, p. 428).

Agotada la vía interna –o denegado el acceso a la justicia–, el inversionista tenía también la posibilidad de que la afectación a su inversión sea tratada como cualquier otra afectación a un extranjero en el marco del derecho internacional. Es decir, podía solicitar la intervención de su Estado de origen

para que busque una solución a través de la protección diplomática (Kinneer, 2013, pp. 655-657).

Esto tenía varios inconvenientes. En primer lugar, está el hecho de que la protección diplomática no es un derecho de las personas, sino una facultad del Estado como sujeto de derecho internacional. En ese sentido, el inversionista afectado puede solicitar a su Estado de origen la protección diplomática, pero este puede elegir no ejercerla, según sus leyes, criterio y posibilidades geopolíticas (Denza, 2018, pp. 467-468; Joratowitch, 2006, pp. 12-14). El Estado se subsume en la posición de afectado y da inicio a una controversia entre Estados, comprometiendo sus relaciones políticas y económicas. Por ello, si en el pasado era difícil que un Estado ponga esto en juego para proteger un interés económico privado, con mayor razón lo es hoy, en un mundo de integración e interacción comercial.

Como dificultad adicional, también está el hecho de que, incluso si un inversionista consigue que su Estado ejerza la protección diplomática, él no sería destinatario directo de la reparación obtenida. Es el Estado quien recibe la compensación resultante en tanto parte de la controversia, no el inversionista. Este solo recibe como compensación aquello que su Estado tenga a bien compensarle (Pesch, 2015, pp. 56-57; Vermeer-Künzli, 2007, pp. 61-62).

Incluso superados los riesgos y dificultades propios de los foros indicados, establecer la existencia de obligaciones de fondo por parte de los Estados frente a los inversionistas extranjeros resultaba también muy problemático. Hasta ya entrada la segunda mitad del siglo XX, no se podía hablar de muchos tratados bilaterales con protecciones a los extranjeros. Por su parte, si bien hacia finales del siglo XVIII<sup>5</sup> y principalmente en la primera mitad del siglo XX<sup>6</sup> se empezó a hablar sobre la existencia de un derecho internacional de protección a los extranjeros, con un estándar internacional sobre trato a los extranjeros e incluso protección frente a las expropiaciones, la doctrina Calvo y el proceso de descolonización de la segunda mitad del siglo XX, llevó a que las nuevas naciones negaran la existencia de reglas internacionales en tal sentido.

Esto llevó, en el mediano plazo, a que se gestara desde los países exportadores de capital el sistema de arbitraje inversionista-Estado y los tratados bilaterales de protección a las inversiones (Dumberry, 2018, p. 64).

Para arriesgarse e invertir en el extranjero, los inversionistas necesitaban una vía internacional que disminuya los riesgos de una justicia local sin garantías y, a su vez, no tuviera los problemas de la protección diplomática. El mecanismo alternativo que surgió y se ha posicionado como el más común es el arbitraje (Kinneer, 2013, pp. 657-658). Como ha expresado Tejera:

[...] investment arbitration is a modern tool to afford a procedural protection to foreign investment without the need to invoke the espousal of the investor's home State and obviously without the need to appear before the courts of the host State<sup>7</sup> (2012, p. 465).

La intervención de un tercero neutral para resolver la controversia no solo trae beneficios para el inversionista. También es beneficiosa para el Estado receptor de la inversión. En palabras de Rölf Knieper:

De-politicized, neutral and independent arbitral tribunals protect property rights and create an equal playing field of foreign physical and juridical persons that have committed resources to the economy of the host State in view and expectation profits, by sanctioning the illegal and discretionary exercise of sovereign power. [...]

That helps the law-abiding foreign investor to plan and exercise his business. It also helps the State because –as recently impressively documented again by Acemoglu and Robinson– the effective protection of property rights and the lawful exercise of public power and the provision of public services are equally indispensable prerequisites for nations to flourish. [...] The potential of arbitral proceedings discourages States to transcend these limits<sup>8</sup> (2015, pp. 26-27).

<sup>5</sup> Como relatan Dolzer y Schreuer, John Adams enfatizó la existencia de un derecho internacional de protección a la propiedad extranjera, luego de suscribir el primer tratado de amistad, comercio y navegación entre Estados Unidos y Francia (2008, p. 11).

<sup>6</sup> Como señala Dumberry, el secretario de Estado de Estados Unidos, Elihu Root señaló en un artículo que existía un estándar de justicia aceptado por las naciones civilizadas como parte del derecho internacional (2018, p. 64).

<sup>7</sup> El arbitraje de inversión es una herramienta moderna para otorgar protección procesal al inversionista extranjero sin necesidad de invocar el padrinazgo del Estado de origen y obviamente sin necesidad de aparecer ante las cortes del Estado receptor de la inversión [traducción libre].

<sup>8</sup> Los tribunales arbitrales despolitizados, neutrales e independientes protegen los derechos de propiedad y crean un escenario equitativo de personas físicas y jurídicas extranjeras que han comprometido recursos a la economía del Estado receptor con la expectativa de beneficios, sancionando el ejercicio ilegal y discrecional del poder soberano [...].

Esto resulta de fundamental importancia en lo que a la potestad tributaria respecta. La carga fiscal representa un porcentaje sustantivo que se extrae de las ganancias del inversionista a favor del Estado. Asimismo, la Administración tributaria normalmente cuenta con amplias potestades cautelares y de ejecución coactiva. En ese sentido, la existencia de un foro neutral al que el inversionista extranjero pueda acudir en caso se produzca un ejercicio indebido de las facultades tributarias por el Estado resulta fundamental, al igual que el establecimiento de límites frente al riesgo político y la indebida actuación del Estado. *No taxation without investment protection*.

Como en cualquier arbitraje, el consentimiento es fundamental para que el arbitraje de inversiones pueda operar. Sobre esto, es importante considerar que, si bien la voluntad de arbitrar puede estar contenida en un convenio arbitral, esto no ocurre en la mayoría de los casos. Típicamente, la voluntad del Estado para someter controversias sobre inversiones a arbitraje es expresada de forma general, en un tratado sobre protección de inversiones suscrito con otro Estado (Sicard-Mirabal y Derains, 2018, pp. 8-9).

La administración de estos arbitrajes puede estar a cargo de una institución especializada o puede, por el contrario, realizarse un procedimiento arbitral *ad hoc* (Sicard-Mirabal y Derains, 2018, pp. 2-6). Una de las principales instituciones dedicadas a administrar arbitrajes entre Estados e inversionistas extranjeros es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), adscrito al Banco Mundial y cuyo convenio constitutivo entró en vigor en 1966.

En el caso de los arbitrajes *ad hoc*, es usual que estos se realicen siguiendo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI). Sin embargo, existen otras instituciones reconocidas que suelen administrar los arbitrajes de inversión, como son la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (en adelante, PCA), la propia Cámara de Comercio Internacional en París (en adelante, CCI), la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA), entre otras.

Por último, con relación a los arbitrajes iniciados por el incumplimiento de un tratado sobre protec-

ción de inversiones, es importante considerar el rol que juega el concepto de **nacionalidad**. A diferencia de los tratados sobre derechos humanos, los tratados sobre inversiones suelen ser bilaterales. Como consecuencia de ello, las garantías y la voluntad de arbitrar que un Estado expresa en un tratado solo serán aplicables a los inversionistas del otro Estado parte, con excepción de lo previsto en las cláusulas de nación más favorecida.

Un arbitraje consiste típicamente de tres grandes análisis: (i) el análisis de jurisdicción, en el cual el tribunal verifica que se hayan cumplido los requisitos que establecen los instrumentos legales aplicables para que la controversia pueda ser sometida a la decisión del tribunal arbitral; (ii) el análisis de responsabilidad, en el cual el tribunal verifica el incumplimiento de las obligaciones que vinculan al Estado; y, (iii) en la mayoría de casos el inversionista reclama una indemnización, por lo que el tribunal procederá a cuantificar los daños sufridos por la inversión producto de las medidas ilegítimas del Estado.

A continuación, analizaremos los principales problemas de jurisdicción y de fondo que pueden involucrar una controversia de inversiones en materia tributaria.

### III. PROBLEMAS DE JURISDICCIÓN

La jurisdicción de un tribunal arbitral se rige por los términos del consentimiento de las partes. Este no será competente para conocer las controversias que escapan a esos límites, sea en un arbitraje por incumplimiento de un contrato de inversión, sea en uno por incumplimiento de un tratado. Así, la cláusula arbitral incorporada en los tratados o en los acuerdos aplicables definirá principalmente quiénes pueden acceder al arbitraje, respecto a qué controversias, la temporalidad de las controversias y, en todo caso, si las partes efectivamente han dado su consentimiento para arbitrar, entre otro tipo de pactos y prerrequisitos.

En ese sentido, considerando el carácter fundamental de la potestad tributaria para darle sustento al Estado, muchos de ellos se han preocupado por establecer límites a la jurisdicción del arbitraje de inversión en tales casos. No solo hay límites directamente establecidos para casos tributarios, sino que podría darse el caso que otro tipo de li-

Ello ayuda al inversionista extranjero que actúa dentro de la legalidad a planificar y llevar a cabo su negocio. También ayuda al Estado porque –tal como ha sido documentado recientemente por Acemoglu y Robinson– la efectiva protección de los derechos de propiedad y el ejercicio legítimo del poder público y la provisión de servicios públicos son igualmente requisitos indispensables para que florezca una nación. [...] El potencial de los procedimientos arbitrales desincentiva a los Estados a traspasar dichos límites [traducción libre].

mitaciones de carácter general puedan afectar la competencia del tribunal en un caso en que se juzgue la potestad fiscal estatal. Ello puede permitir que el tribunal rechace analizar una controversia en una fase preliminar del caso y sin entrar al fondo de este. Esta posibilidad lleva a plantear la necesidad de reexaminar si este tipo de exclusiones en materia tributaria son coherentes con la tendencia actual a otorgar protección al inversionista precisamente frente a una de las potestades estatales más importantes y más amplias, como es la tributaria.

A continuación, nos concentraremos en tres problemas que son de especial relevancia cuando la controversia gira en torno al ejercicio de la potestad tributaria del Estado: las excepciones en materia tributaria, la falta de sustanciación de la controversia y la objeción por cláusula *fork in the road*.

#### A. Excepciones en materia tributaria

Muchos tratados establecen limitaciones específicas para la aplicación de ciertas garantías, o incluso de todo el tratado, a controversias sobre o relacionadas con materia tributaria (Wälde y Kolo, 2008). En inglés, se denominan como cláusulas de *carve-out*. En tales casos, el tratado o determina- do estándar de protección no aplica a las medidas tributarias. Así, en la medida en que la jurisdicción del tribunal normalmente se limitará a adjudicar las obligaciones incluidas en el tratado, si este no establece obligaciones sobre materia tributaria, es posible argumentar que no hay jurisdicción del tribunal para resolver una controversia tributaria. Sin embargo, ello siempre dependerá de la interpretación del convenio arbitral. En consecuencia, si la cláusula arbitral es amplia, podría ser que los efectos de la excepción sobre materia tributaria deban analizarse no en la fase de jurisdicción, sino en la fase de fondo.

Por ejemplo, en ConocoPhillips contra Venezuela (2013), el tratado bilateral de inversión (en adelante, BIT) Estados Unidos-Venezuela establecía en su artículo 3 los estándares de trato justo y equitativo, la cláusula de nación más favorecida y de trato nacional; mientras que el artículo 4 señalaba que, en materia tributaria, se otorgaría trato de nación más favorecida y trato nacional. Si bien el texto no precisaba si ello implicaba que el artículo 3 no aplicaba a medidas tributarias, el tribunal interpretó sobre la base del *effct útil*, que, en efecto, esa debía ser la interpretación correcta. Entonces, el trato justo y equitativo no aplicaba a las medidas tributarias en discusión. Así, si bien la discusión se redactó en la parte de fondo del laudo, también podría justificar una objeción de jurisdicción.

Precisamente en Yukos (Isle de Man) contra Rusia (2014), el tribunal analizó ciertas provisiones del Tratado de la Carta de Energía que, por un lado, exceptuaban de la aplicación del tratado las medidas tributarias (*carve-out*) –en específico, el artículo 21(1)–; y, por otro lado, precisaban que las obligaciones de trato justo y equitativo, nación más favorecida y trato nacional bajo ciertas limitaciones y expropiación, bajo ciertas condiciones, sí aplicaban a las medidas tributarias (*claw-back*) –en detalle, los artículos 21(3) y 21(5)–. En el caso concreto, el tribunal interpretó que dichas cláusulas no eran objeción válida a las demandas del inversionista.

Estos casos demuestran que resulta de vital importancia atender al detalle de la redacción del tratado y de la voluntad que las partes tuvieron para establecer tales excepciones o cláusulas *carve-out*. Por otro lado, en términos normativos, cabe reexaminar si este tipo de excepciones son coherentes con la necesidad de los Estados de incentivar la inversión extranjera en su territorio. Este tipo de cláusulas privan de protección frente a una potestad tan importante como la tributaria.

#### B. Sustanciación de la controversia en arbitrajes bajo tratado

Una controversia que suele presentarse en el arbitraje de inversión basado en tratados internacionales es la falta de sustanciación de la controversia. Como requisito de jurisdicción, se suele requerir que el caso planteado por el inversionista, bajo un análisis *prima facie*, sea uno que pueda generar un laudo favorable o que se enmarque en las protecciones de fondo cubiertas por la cláusula arbitral.

El análisis *prima facie* consiste en asumir como ciertos los hechos afirmados y verificar si los mismos pudieran llevar a una decisión favorable. Lo que el tribunal debe determinar frente a esta objeción es si los hechos, tal como los ha formulado el demandante, se refieren **al tipo de hechos** que constituye una violación del derecho internacional, particularmente del tratado cuya protección se invoca. Para graficar esta distinción, puede trazarse un paralelo con el derecho penal: debe distinguirse entre determinar que los hechos denunciados califican como delito y determinar si los hechos denunciados efectivamente ocurrieron.

En caso exista una cláusula paraguas, por la que el Estado se obliga internacionalmente a cumplir sus obligaciones bajo ley local, puede ser efectiva para denegar una objeción de este tipo, dependiendo de cómo se ha planteado el caso.

Un arbitraje en el cual se discutió esta objeción y se declaró fundada fue el iniciado por la empresa

española Ibedrola Energía S.A. contra Guatemala. En palabras del tribunal:

Un tribunal internacional no tiene competencia por el solo hecho de que una de las partes del proceso afirme que el derecho internacional ha sido vulnerado. En un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si esta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado (Ibedrola Energía S.A. c. Guatemala, 2012).

En materia tributaria, el tribunal de Occidental contra Ecuador (2004) se pronunció sobre esta problemática en el marco de una objeción sobre jurisdicción vinculada a una cláusula *fork in the road*, sobre la que exponemos más adelante. En este caso, para determinar el incumplimiento del tratado internacional, el demandante basó su caso en cómo los actos estatales contradecían lo establecido en la ley y el contrato de inversión. El tribunal rechazó la objeción de Ecuador, teniendo en cuenta lo siguiente:

57. El Tribunal es de la opinión que lo que cuenta en definitiva es que toda solución debe responder a las circunstancias específicas de la disputa sometida y a la naturaleza de dicha disputa. Al grado en que la naturaleza de la disputa sometida a arbitraje sea principalmente, aunque no exclusivamente, basada en tratados, la jurisdicción del tribunal arbitral es invocada correctamente.

58. Esta es la situación que ha ocurrido en efecto en el caso presente, en que se ha sometido a arbitraje cuestiones basadas en un tratado y en que los tribunales locales en Ecuador han estado tratando y siguen tratando cuestiones relacionadas con la ley interna no contractual. Lejos de crear una situación de incompatibilidad, las decisiones adoptadas hasta el momento por los tribunales ecuatorianos sobre cuestiones de interpretación de la Ley Tributaria Ecuatoriana han sido de gran ayuda para este Tribunal en su propia interpretación tanto del Tratado como de las disposiciones relevantes de las leyes ecuatorianas, como se demostrará adicionalmente más adelante. Se desprende que las causas de la acción podrían ser separadas y la naturaleza de las disputas diferente, pero ellas podrían tener efectos acumulativos, así como también interactuar recíprocamente (Occidental c. Ecuador, 2004).

Si un inversionista demanda al Estado receptor por el ejercicio indebido de su potestad tributaria, debe ser cuidadoso de enmarcar los hechos

alegados dentro de violaciones al derecho internacional. Si su demanda se sustenta en la incorrecta aplicación del derecho interno, como en el caso de Ibedrola, el tribunal podría concluir que la controversia no tiene naturaleza internacional y declarar fundada una objeción del Estado a su competencia.

Así, por ejemplo, si el Estado Peruano gravara con un tributo de 99% a los ingresos anuales provenientes de actividades mineras, mal haría un inversionista extranjero en presentar un reclamo por expropiación indirecta de su inversión y fundamentarlo en el incumplimiento del principio de no confiscatoriedad de los tributos recogido en la Constitución peruana. Para que un tribunal pueda pronunciarse sobre la controversia en un arbitraje de inversiones, tendría que acreditar que Perú incumplió el estándar internacional de protección contra las expropiaciones, recogido en el tratado invocado.

Este análisis refleja la necesidad de que el inversionista cuente con la información adecuada de los argumentos que pueden sustentar un reclamo al Estado bajo el arbitraje de inversiones y los límites exactos que el derecho le otorga a la potestad tributaria.

### C. Las cláusulas *fork in the road*

Las cláusulas *fork in the road* o de elección de vía son aquellas provisiones incorporadas en ciertos tratados de inversión por las cuales el inicio de una controversia en determinado foro bloquea el recurso a otros foros distintos. Por ejemplo, si se inicia un proceso judicial para resolver la controversia de inversiones, el inversionista ya no podría acceder al arbitraje internacional.

Se trata entonces de un pacto que expresa las doctrinas de la *lis pendens*, *res judicata* y *waiver*, a partir de las cuales no puede volverse a someter a litigio una controversia que se encuentra pendiente, que ya fue decidida en un foro distinto o respecto de la cual el inversionista ya tomó una decisión incompatible. La razón de ser de las mismas es evitar fallos o decisiones contradictorios y evitar los costos de relitigar lo mismo (Wegen y Markert, 2010).

Para verificar la aplicación de una cláusula de elección de vía en un caso concreto, es necesario determinar si, en efecto, la controversia ya ha sido sometida a otro foro. Sin embargo, la pregunta clave es cuándo se puede considerar que la controversia ya ha sido sometida a otro foro y, por tanto, la elección de vía ya fue hecha. La jurisprudencia de inversiones ha seguido dos caminos: un criterio estricto y un criterio amplio.

El criterio estricto establece que la controversia se entiende sometida a un foro y, por tanto, la elección de vía hecha, si es que existe una triple identidad de sujetos, objeto y causa del litigio. Esta interpretación toma los elementos de la doctrina de la *lis pendens* y la *res judicata* para darle contenido a la cláusula de elección de vía (Toto Costruzioni c. Líbano, 2009; Alex Genin, Eastern Credit. y A.S. Baltoil c. Estonia, 2001; CMS Gas Transmission c. Argentina, 2003).

Bajo esta interpretación, si una empresa iniciara un proceso contencioso administrativo o una demanda de amparo en las cortes locales a través del cual requiriera la nulidad del acto administrativo ilegal que hubiera afectado su inversión pero, posteriormente, el accionista de la empresa inicia un arbitraje de inversiones contra el Estado para demandar una indemnización por las violaciones a las obligaciones internacionales bajo el tratado de inversión aplicable, no podría aplicarse la cláusula de elección de vía. Las partes –la subsidiaria y el accionista– son distintas; el objeto es distinto, al tratarse de una pretensión de nulidad frente a una pretensión indemnizatoria; y la causa es distinta, al tratarse de una controversia bajo leyes locales frente a otra distinta bajo derecho internacional.

Por otro lado, el criterio amplio establece que la vía ha sido elegida y, por tanto, los foros alternos, se encuentran bloqueados cuando ya se ha iniciado una controversia cuya **base sustancial** es, razonablemente, la misma (Pantehniki c. Albania, 2009; Chevron y Texaco c. Ecuador, 2012). Esta interpretación se sustenta principalmente en el *effet utile* de una cláusula *fork in the road*. Se señala que difícilmente pueden encontrarse casos en que se someta una controversia bajo tratados internacionales a cortes locales y que el objetivo de la cláusula es precisamente evitar los costos de relitigar la misma controversia, incentivando a que el inversionista recurra a un proceso definitivo desde el inicio.

En el caso de una controversia tributaria, es común recurrir tanto a procesos contencioso-administrativos, como a procesos constitucionales para discutir las decisiones de la Administración tributaria. En el caso de procesos constitucionales, podría incluso llegarse a discutir el carácter confiscatorio de los tributos, tal y como si se tratara de un caso de expropiación regulatoria. En caso se inicie una controversia sobre la base de un tratado que cuente con una cláusula de elección de vía, el Estado deberá levantar una objeción de jurisdicción basada en la misma y bajo una interpretación amplia de cuándo nos encontramos ante una misma controversia. El inversionista deberá defender una interpretación restrictiva de la cláusula y sostener,

cuando menos, que la causa y el objeto de la controversia bajo derecho local son distintos a lo discutido en el arbitraje de inversión.

La solución depende de cada tratado. El razonamiento que debería seguir cada tribunal, sin perjuicio de las dificultades, es aplicar los criterios de interpretación de tratados internacionales y verificar cuál debe ser el sentido del tratado al recoger una cláusula de ese tipo.

En Yukos (Isle de Man) contra Rusia (2014), el tribunal tomó un criterio amplio sobre la base de una concesión de Rusia, con respecto a que el requisito de la triple identidad era necesario para la activación de la cláusula *fork in the road* en el marco del Tratado de la Carta de la Energía. Así, rechazó que los recursos ante las cortes locales y las demandas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran bloqueado el acceso al arbitraje inversionista-Estado.

En Occidental contra Ecuador, se discutió también esta problemática, en la medida en que existía una cláusula de elección o bifurcación de vía y se habían iniciado procesos locales. El tribunal repasó ambas interpretaciones posibles y, sin quedar claro cuál en estricto era su postura, determinó que:

Se ha sometido a arbitraje cuestiones basadas en un tratado y en que los tribunales locales en Ecuador han estado tratando y siguen tratando cuestiones relacionadas con la ley interna no contractual [...]. Se desprende que las causas de la acción podrían ser separadas y la naturaleza de las disputas diferente (2004, p. 58).

Otro criterio importante de dicho tribunal fue que la elección de vía debe ser, efectivamente, una **elección**. En el caso concreto, el demandante necesitaba activar los mecanismos locales y acceder a las cortes para salvaguardar sus derechos. Al respecto, señaló que:

Incluso si hubiese llevado el asunto inmediatamente a arbitraje, que no es tan fácil hacerlo, se habría considerado que se había perdido la protección de su derecho de objetar la decisión adversa del SRI [Servicio de Rentas Internas] si no se hubiese presentado la solicitud ante los tribunales locales dentro del período exigido por el Código Tributario (2004, p. 61).

Una complicación adicional puede presentarse en caso nos encontremos ante cláusulas o contratos de estabilidad tributaria. Según explicamos más adelante, los incumplimientos de este tipo de garantías otorgadas por los Estados pueden fortalecer en gran medida un reclamo bajo un tratado internacional. Entonces, un caso en que se hubiera

iniciado un arbitraje contractual para solicitar la responsabilidad contractual del Estado por violar la garantía tributaria otorgada, o incluso un proceso constitucional por contrariar el principio *pacta sunt servanda*, podría entenderse como una controversia con una base sustancialmente idéntica a la controversia internacional.

La respuesta recaerá, igualmente, en la solución que tome el tribunal arbitral con respecto a la interpretación de la cláusula de elección de vía. Bajo una interpretación estricta, una controversia arbitral o constitucional por el incumplimiento de un contrato que garantiza la estabilidad tributaria no deja de tener una causa de acción distinta a la de un reclamo de responsabilidad internacional contra el Estado. Sin embargo, bajo una interpretación amplia, un tribunal podría señalar que ambas controversias tienen la misma base sustancial.

Desde un punto de vista normativo, nuevamente, cabe reflexionar sobre el papel de este tipo de objeciones y su compatibilidad con la necesidad de incentivar la inversión otorgando protecciones reales y efectivas frente a una de las potestades estatales más importantes y más riesgosas frente al inversionista extranjero.

#### IV. PROBLEMAS DE FONDO

Los asuntos controvertidos en los arbitrajes de inversiones varían dependiendo de la fuente de las garantías invocadas por el inversionista extranjero. Como hemos mencionado, estas pueden provenir de un contrato de inversión suscrito con el propio inversionista, de un tratado sobre protección de inversiones, suscrito con el Estado de origen del inversionista, o incluso de la costumbre o los principios internacionales reconocidos por las naciones civilizadas. A continuación, analizaremos por separado los principales problemas de fondo que pueden discutirse en estos tipos de controversias.

En materia tributaria, muchos estados se han concentrado en otorgar garantías bajo ley nacional en la forma de contratos especiales, dejando un poco de lado o limitando las protecciones bajo tratados. Sin embargo, cabe plantearnos la interrogante acerca de si el derecho internacional no puede fungir de una vía para otorgar protecciones más efectivas y, por tanto, mejores incentivos para la inversión extranjera, otorgando mayor efectividad a la máxima de *no taxation without investment protection*.

##### A. Contratos de inversión

Un arbitraje de inversiones no solo puede basarse en incumplimientos de tratados internacionales. El arbitraje internacional entre Estado e inversio-

nista extranjero también puede darse en el marco de controversias plenamente contractuales, particularmente con relación a los efectos de nuevos tributos o actos de la administración tributaria que afecten las garantías ofrecidas en el contrato de inversión. De hecho, en un inicio, los principales casos sometidos a CIADI estaban basados en contratos.

Precisamente, una de las principales medidas estatales para incentivar la inversión directa es la oferta de garantías tributarias, sea mediante contratos específicos para dicho fin o mediante cláusulas recogidas en el contrato de inversión. La existencia de este tipo de cláusulas se reporta desde aproximadamente los años 1930 y su uso se encuentra ampliamente difundido en todo el mundo, principalmente en países en desarrollo (Wälde y Kolo, 2008, p. 586). La lógica detrás de este tipo de cláusulas es que el inversionista no se vea afectado por los cambios en la política fiscal del país, de tal modo que pueda tener certeza al momento de iniciar el proyecto de inversión respecto al riesgo fiscal involucrado (Gjuzi, 2018, pp. 14-33).

En el Perú, la suscripción de convenios de estabilidad tributaria, así como la incorporación de cláusulas de estabilidad en contratos ley de diversos sectores económicos ha sido ampliamente difundida desde la reforma económica de la década de 1990 (Danós Ordóñez, 2013). Por supuesto, sería ilógico otorgar una garantía frente al riesgo político a favor del inversionista y a la vez someter la adjudicación de las controversias a las cortes del propio Estado, fuente del mismo riesgo político. En ese sentido, la suscripción de cláusulas arbitrales cobra suma importancia para generar un candado plenamente funcional a favor del privado. El CIADI, asimismo, puede resultar atractivo como foro que sustrae a la controversia de la injerencia de las cortes locales de anulación y genera la obligatoriedad del reconocimiento y ejecución del laudo.

Si bien la racionalidad detrás de las cláusulas de estabilidad tributaria es sensata y de sentido común, la interpretación de los efectos de este tipo de cláusulas y su recepción por la sociedad civil y la academia ha resultado controversial. Esto ha llevado a que se produzca lo que se suele denominar como una evolución en la técnica contractual utilizada (Gjuzi, 2018, pp. 14-33).

En términos generales, la primera técnica utilizada ha sido la cláusula de congelamiento, por la cual, el régimen tributario aplicable en un determinado momento no puede ser modificado con posterioridad. Entonces, si el Estado aprueba una nueva tasa, esta no puede ser aplicable al inversionista (Mansour y Nakhle, 2016, pp. 14-15).

Este tipo de cláusulas puede originar un sinnúmero de problemas jurídicos, de los cuales apuntamos solo algunos (Gjuzi, 2018, pp. 189-211). Primero, resulta discutible cuáles son las consecuencias legales de dicho pacto, principalmente en caso de incumplimiento. Podría cuestionarse, en caso el Estado apruebe una norma nueva, si el inversionista pudiese impedir que la Administración tributaria requiera el cumplimiento de la norma, o si únicamente es acreedor de una indemnización del Estado o la entidad con la que suscribió el contrato.

La solución, como en cualquier caso de este tipo, dependerá de la legislación y los criterios de interpretación contractual aplicables. Por ejemplo, algunos ordenamientos pueden considerar que el poder soberano del Estado no puede ser constreñido siquiera por provisiones contractuales, por lo que el inversionista únicamente podría ser acreedor de una compensación económica. Sin embargo, en ordenamientos con protecciones a nivel constitucional y provisiones específicas para que la autoridad respete los pactos de estabilidad, podría ser más sencillo lograr la inaplicación del cambio normativo.

Segundo, el alcance del tipo de medidas frente a las cuales se encuentra protegido el inversionista también puede entrar en discusión. Podría darse que se pacte el congelamiento del impuesto a la renta pero, algunos años después, el Estado apruebe una **contribución extraordinaria** de las empresas de industrias extractivas con sobreganancias. Ante ello, cabría discutir si una nueva norma que tiene efectos similares o idénticos a un cambio en el impuesto congelado se encuentra dentro de la protección (por ejemplo, Goldfields contra Proinversión y MINEM, 2015).

Otro ejemplo podría producirse en caso no se produzca un cambio normativo, pero la interpretación de la Administración tributaria sobre la base imponible o el cálculo del impuesto cambie y origine un aumento considerable en el monto que debe ser pagado al Estado, como sucedió en Duke contra Perú (2008). En el caso referido, en 2001, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (en adelante, SUNAT) exigió el pago de tributos a una subsidiaria de Duke por efectuar una reestructuración societaria que, bajo la posición del inversionista, no debía ser gravada con impuestos conforme a los beneficios de un régimen especial de 1994.

Además de ello, la SUNAT estableció un criterio de depreciación que era contrario a los intereses del inversionista. El tribunal encontró responsabilidad de la Administración en la medida que la imposición fiscal sobre la reestructuración era contraria a las obligaciones bajo el convenio de estabilidad.

Así, el tribunal no solo encontró que las modificaciones legislativas al régimen de 1994 no eran aplicables al inversionista, sino que la interpretación del régimen anterior tampoco podía ser variada, pues ambos supuestos estaban cubiertos por la cláusula de estabilidad. El tribunal se pronunció también sobre la violación de los actos propios y la buena fe por parte de la Administración tributaria, en la medida en que las autoridades competentes habían creado la confianza en el inversionista de que la operación no sería gravada.

Con respecto a este problema, muchos contratos contienen provisiones **antielusorias** específicas frente al Estado, por las cuales el inversionista no solo se encuentra protegido por cambios en el régimen tributario específico, sino frente a aquellas normas que tengan efectos similares. Incluso en ausencia de una provisión de este tipo, la interpretación de buena fe y teleológica puede sostener la extensión de los efectos de una cláusula de ese a otro tipo de medidas similares al cambio normativo.

Las cláusulas de congelamiento o estabilidad propiamente dichas, con el tiempo, han dado paso a las cláusulas de restitución del equilibrio económico. Mediante este tipo de cláusulas, el Estado ya no se compromete a mantener sin cambios o inaplicar las variaciones del régimen tributario. Más bien, se asegura al inversionista que no sufrirá los efectos económicos de dichos cambios, pudiéndose pactar cláusulas de renegociación de los términos, o la asunción del peso económico del nuevo régimen tributario por la contraparte estatal (Mansour y Nakhle, 2016, pp. 15-17).

La racionalidad detrás de este tipo de cláusulas es atenuar las limitaciones al poder soberano del Estado, concentrándose en el real interés del inversionista, que es mantenerse indemne de los cambios regulatorios imprevistos. No obstante, su aplicación puede generar incluso mayores controversias que el caso de las tradicionales cláusulas de congelamiento, en tanto la prueba de los efectos del nuevo tributo y los términos adecuados de la renegociación aumenta la litigiosidad de la controversia.

Por supuesto, las cláusulas de estabilidad tributaria vienen en todo tipo de colores y formas, por lo cual los modelos de congelamiento y de restitución del equilibrio económico no deben tomarse sino como generalizaciones o simplificaciones de una amplia variedad de técnicas contractuales, muchas veces redactadas de forma mixta o híbrida, o incluso de forma camuflada. En cada caso, el tribunal deberá aplicar las leyes pertinentes para determinar el contenido y los efectos de cada una de dichas cláusulas (Mansour y Nakhle, 2016, pp. 12-17; Gjuzi, 2018, pp. 37-72).

Ahora bien, estando ante un contrato, en tanto sean aplicables, las reglas civiles tradicionales no escapan de la posible controversia tributaria ante un tribunal de inversión. Por ejemplo, un inversionista puede alegar que la actuación de la administración tributaria podría encontrarse sujeta a los deberes derivados de la buena fe. Ello fue precisamente discutido en el caso *Duke contra Perú*, en el cual aceptó la aplicación de la doctrina de los actos propios, en base a la cual el Estado habría actuado de forma inconsistente con su conducta previa (*Duke c. Perú*, 2008).

Otro ejemplo, podría ser la aplicación de las reglas ante los cambios de circunstancias. Si bien normalmente es esperable y previsible el cambio de reglas tributarias, las mismas pueden ser de tal magnitud y naturaleza que puedan permitir el cambio o la resolución del contrato en base a normas de excesiva onerosidad de la prestación, imprevisión o alteración de la base del contrato.

Como puede observarse, una controversia de inversión puede basarse en los incumplimientos estatales a un contrato con cláusulas de estabilidad tributaria o, más bien, en el caso de cláusulas de equilibrio económico, un tribunal arbitral puede ser llamado a determinar la existencia de un cambio en la economía del contrato y las consecuencias del mismo, derivadas de un cambio en el régimen tributario.

Asimismo, en casos en que resulten aplicables las reglas civiles, las doctrinas tradicionales pueden imponer determinadas obligaciones o consecuencias legales derivadas de la actuación de la administración o legislación tributaria, de tal magnitud como para originar un incumplimiento contractual o hasta la terminación de un contrato.

## B. Tratados sobre protección de inversiones

Una fuente de protección a las inversiones que había sido relegada en materia tributaria son los tratados internacionales. Muchos tratados recogen diversas excepciones que pueden tener efectos en cuanto a la jurisdicción o al fondo del caso, dejando sin protección al inversionista. Si bien la tendencia es que los tribunales consideren a la potestad tributaria como una potestad estatal más que, conceptualmente puede ser limitada; muchos tratados aún contienen protecciones débiles. Ello debe ser reexaminado. En el mundo actual resulta necesario seguir la máxima de *no taxation without investment protection*.

## 1. Expropiación

Una cláusula típica en los tratados sobre protección de inversiones es la cláusula sobre expropiación. Como señalan Newcombe y Paradell, esta protección no implica que la propiedad privada sea inviolable (2009, pp. 321-322). El derecho internacional reconoce el derecho a regular y gravar la propiedad, pero al ejercicio de esta facultad se le imponen cuatro condiciones cuando la medida es expropiatoria: debe perseguir una finalidad pública, respetar el debido proceso, realizarse sin discriminación y compensar al afectado. Esta compensación debe ser rápida, adecuada y efectiva (Lazem y Bantekas, 2015, p. 10).

Asimismo, los tratados suelen reconocer que una expropiación puede ser directa o indirecta. Mientras las primeras se refieren a la apropiación de la inversión por parte del Estado o terceros allegados a este –por ejemplo, una empresa estatal–, las expropiaciones indirectas se producen cuando una medida del Estado tiene efectos equivalentes a la expropiación directa: pérdida de la administración, uso o control de la inversión, o la depreciación significativa de su valor (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 324-328; Reinisch, 2008, pp. 740-741; Archer Daniels Midland c. México, 2007).

Hasta hace unas décadas, era usual que los Estados recurran a la expropiación directa para realizar políticas de **nacionalización**. Sin embargo, como explican Wälde y Kolo, esto ha evolucionado conforme lo han hecho las formas en que se concibe la intervención del Estado en la economía:

Unlike in the 1970s, when the main issues were expropriation and transfer pricing by multinational enterprises, at present, the economic role of the state has changed from direct intervention to an indirect rule. It is no longer the exercise of public ownership or direct commands to supervised private operators, but the manipulation of the levers of economic, environmental, and fiscal regulation which are the main instruments to influence the economic environment. Direct public ownership has transformed itself into the ‘regulatory state’. Therefore, it is the regulatory function of the state and how it impacts on foreign investment that is most relevant<sup>9</sup> (2008, p. 553).

Es importante notar que la jurisprudencia suele inclinarse por considerar que son los efectos y no

<sup>9</sup> A diferencia de la década de los setenta, en que los principales problemas eran la expropiación y los precios de transferencia a cargo de compañías multinacionales, actualmente, el rol del Estado en la economía ha pasado de un modelo de intervención directa a una regla indirecta. El empleo de la propiedad pública y las órdenes directas a los agentes privados

las intenciones del Estado los que determinan si una regulación es expropiatoria. En el arbitraje de Bear Creek Mining Corporation contra Perú, por ejemplo, se consideró que la revocación de los derechos necesarios para que el inversionista explore un proyecto minero calificaba como una expropiación indirecta, a pesar de que el Estado alegó que dicha medida obedecía a motivos distintos a perjudicar el valor de la inversión (Bear Creek Mining c. Peru, 2017).

Este criterio fue señalado con claridad en el arbitraje entre Metaclad Corporation y México, en el cual el tribunal señaló lo siguiente:

103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor (2009).

Salvo que el tratado contenga alguna excepción (Wälde y Kolo, 2008, p. 592), es aceptado que el ejercicio de la potestad tributaria también se encuentra sujeto a las protecciones contra medidas expropiatorias, sea directas o indirectas (Godolphine, 2016; Davie, 2015). Sin embargo, es importante considerar que, como señalan Lazem y Bantekas (2015), desde inicios del siglo XXI, los tribunales arbitrales han mostrado cierta deferencia hacia las medidas tributarias, siendo más estrictos al evaluar su carácter expropiatorio.

Esto se ha manifestado, por ejemplo, en el requisito de que la medida genere una privación **sustancial** de la inversión. Como señalan Newcombe y Paradell (2009, p. 357):

In the majority of cases, host state regulatory activity has been found not to be expropriatory for the simple reason that it does not result in a substantial deprivation of the investment

–the factual predicate for a claim of expropriation simply does not exist. [...] As noted by the Telenor tribunal: “It is well established that the mere exercise by government regulatory power that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation”<sup>10</sup>.

No es claro, sin embargo, qué constituye una privación sustancial de la inversión. Un caso donde el tribunal determinó que sí hubo tal grado de afectación fue el arbitraje entre el señor Tza Yap Shum y Perú. En este, la controversia surgió porque la Administración tributaria peruana impuso a la empresa TSG, de la que Tza era accionista mayoritario, una serie de medidas cautelares para asegurar el pago de una deuda de aproximadamente 3.6 millones de dólares estadounidenses. Gracias a ello, los fondos de la empresa quedaron retenidos y sus valores fueron transferidos al Banco de la Nación de Perú.

Posteriormente, Tza consiguió que el monto exigido por la Administración tributaria sea reducido en casi 70% vía impugnación (Tza Yap Shum c. Perú, 2017). Sin embargo, el daño causado a su inversión por las medidas cautelares ya estaba hecho, por lo que inició un arbitraje ante el CIADI. El tribunal declaró fundado su reclamo por expropiación indirecta y señaló lo siguiente sobre la pérdida de valor de la inversión:

161. De acuerdo con los estados financieros de TSG, sin embargo, esta no fue la situación para la inversión en el caso que nos ocupa. Aun con la protección del procedimiento concursal que procuró la empresa misma, las ventas netas de la empresa cayeron de un promedio de S/. 80 millones con anterioridad a las medidas en el periodo 2003-2004, a aproximadamente S/ 3.4 millones con posterioridad en 2005-2006 (Tza Yap Shum c. Perú, 2017).

Diferente fue el caso de Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador, en el cual se discutía si la denegación de la devolución del Impuesto al Valor Agregado (en adelante, IVA) constituía una expropiación indirecta. Para el tribunal arbitral, tales reintegros no constituían una parte sustancial de la inversión y, en consecuencia,

bajo supervisión estatal dejaron de ser los principales instrumentos para moldear el contexto económico; ahora, estos son la regulación económica, ambiental y fiscal. La propiedad pública directa ha pasado a ser un ‘Estado regulatorio’. Es por ello que, actualmente, la función regulatoria del Estado y su impacto en la inversión extranjera son lo más relevante [traducción libre].

<sup>10</sup> En la mayoría de casos, se ha determinado que la actividad regulatoria del Estado receptor de la inversión no resulta expropiatoria por la sencilla razón de que esta no implicó una privación sustancial de la inversión –es decir, el sustento fáctico para alegar una expropiación, simplemente, no existe. [...] Tal como mencionó el tribunal de Telenor: “Es bien sabido que el mero uso de la potestad regulatoria estatal que supone la creación de impedimentos a la actividad económica o que implica el pago de tributos u otras exacciones, no constituye en sí mismo expropiación” [traducción libre].

declaró infundado el reclamo del inversionista en ese extremo (*Occidental c. Ecuador*, 2004).

Algo similar consideró el tribunal en el caso de *Burlington Resources Inc. contra Ecuador*, a propósito de un tributo de 99% con el que el Estado decidió gravar las sobre ganancias petroleras, generadas a partir de la subida en los precios internacionales del petróleo entre 2000 y 2010. A pesar de la elevada tasa fijada por Ecuador, el tribunal consideró que no había privación sustancial (ni expropiación indirecta, en consecuencia) porque la inversión seguía en capacidad de producir:

456. Habiendo considerado todas las pruebas, el Tribunal no está convencido de que la Ley 42 con una alícuota del 99% privara sustancialmente a Burlington del valor de su inversión. Si bien la Ley 42 con una alícuota del 99% disminuyó considerablemente las ganancias de Burlington, las alegaciones de Burlington de que su inversión perdió su valor y rentabilidad no han sido corroboradas. Por el contrario, las pruebas demuestran que, a pesar de la promulgación de la Ley 42 con una alícuota del 99%, la inversión no perdió su capacidad de para generar rentabilidad comercial. Finalmente, a pesar de que las pruebas muestran que Ecuador promulgó la Ley 42 sin intención de cumplir con las cláusulas de absorción de impuestos, no puede haber expropiación en ausencia de una privación sustancial (*Burlington c. Ecuador*, 2012).

Otro caso que muestra una posición deferente por el ejercicio de la potestad tributaria fue el arbitraje entre *EnCana Corporation* y Ecuador. Al igual que en el caso de *Occidental*, la controversia giraba en torno a los reintegros impagos por IVA, a los que la empresa sostenía tenía derecho (*Encana c. Ecuador*, 2006). Al resolver el caso, el tribunal declaró que no bastaba con que Ecuador retuviese ilegítimamente el IVA pagado por *EnCana* para que se configure una expropiación directa, sino que era que la falta de reintegro esté acompañada de arbitrariedad:

194. (...) El Ejecutivo está facultado para adoptar una posición con relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su

existencia. Un organismo ejecutivo no expropia el valor representado por una obligación legal de hacer efectivo un pago o un reintegro meramente negándose a pagar, siempre y cuando por lo menos (a) la negativa no sea meramente voluntaria, (b) los tribunales estén abiertos a la parte agraviada, (c) las decisiones de los tribunales no sean suprimidas o rechazadas por el Estado (*EnCana c. Ecuador*, 2006).

Lazem y Bantekas (2015, p. 17) han observado que esto constituye una excepción a la forma en que típicamente se analizan los casos de expropiación. Mientras lo usual es que el requisito de respetar el debido proceso sea un elemento para analizar si la expropiación fue legítima o no (*lawful or unlawful*), el tribunal del caso de *EnCana* lo utilizó como criterio para determinar que ni siquiera hubo una expropiación. En sus palabras:

The function of the conduct requirement is to determine the existence of an unlawful expropriation, not to assess whether an expropriation has actually taken place, that is, the first question must always be: 'has there been an expropriation?' and if there has been an expropriation then a violation of a conduct requirement will denote the existence of an unlawful expropriation<sup>11</sup> (Lazem y Bantekas, 2015, p. 20).

Incluso si considerásemos la decisión del caso *EnCana* como excepcional, la deferencia mostrada por la potestad tributaria de los Estados en los casos de *Occidental* y *Burlington* es clara. Es importante que los inversionistas consideren que sus reclamos por expropiación difícilmente tendrán altas probabilidades de éxito cuando se trate de medidas tributarias, salvo que estas destruyan la capacidad productiva de la inversión o medie el compromiso expreso del Estado de mantener algún grado de estabilidad en esta materia.

Ahora bien, como veremos a continuación, el estándar del trato justo y equitativo puede funcionar como protección en los casos en que no se alcance el estándar expropiatorio. Sin embargo, la generalidad de los términos de dicho estándar hace difícil para el inversionista conocer de antemano si cuenta o no con debida protección.

## 2. Trato justo y equitativo

El estándar de trato justo y equitativo es también uno que suele incluirse en los tratados sobre pro-

<sup>11</sup> La función del requisito de respetar el debido proceso es determinar la existencia de una expropiación ilegítima; no lo es determinar si es que, efectivamente, se ha producido una expropiación. Es decir, la primera pregunta siempre debe ser: "¿ha habido una expropiación?" y, solo si es que ha habido expropiación, la vulneración del requisito de respetar el debido proceso denotará la existencia de una expropiación ilegítima [traducción libre].

tección de inversiones y es quizás el estándar más representativo del sistema internacional de arbitraje de inversión, aunque, también, el más controvertido. Como señalan Dolzer y Schreuer, es el concepto más frecuentemente invocado y el de mayor relevancia práctica (2008, p. 119). Se trata de una norma de contenido amplio que, según se ha interpretado en la jurisprudencia, contiene diversos deberes de comportamiento del Estado frente a la inversión y/o el inversionista, dependiendo del sentido de cada tratado (Pastor Palomar, 2006, p. 272).

Como señalamos, la amplitud de sus términos es positiva para cubrir las medidas tributarias que no alcancen el estándar de gravedad requerido por la expropiación indirecta, pero crea incertidumbre para el inversionista que, en algunos casos, puede ser similar a la ausencia de protección. Esto resulta en una paradoja del arbitraje de inversiones que, finalmente, está originalmente pensado para limitar los riesgos que afronta el inversionista extranjero.

Este estándar recogido en los tratados bilaterales de inversión proviene de lo que desde finales del siglo XIX se empezó a denominar nivel mínimo de trato o estándar internacional de trato a los extranjeros, teniendo como referente, en algunos laudos de inversión, al caso Neer (1926). Su exigibilidad como costumbre internacional no terminaba de reconocerse cuando entró en crisis luego del proceso de descolonización de la década de 1960. Precisamente por esta crisis es que se genera el sistema de tratados bilaterales de inversión. Sin embargo, el masivo reconocimiento en los tratados de inversión del trato justo y equitativo, en la actualidad ha reavivado la discusión de si pertenece, y en qué términos, a la costumbre internacional (Dumberry, 2018; Dolzer y Schreuer, 2008, pp. 119-121; McLachlan, Shore, y Weiniger, 2017, pp. 7.102-7.239).

Entre los deberes que la jurisprudencia ha interpretado dentro del estándar del trato justo y equitativo podemos señalar la protección de las expectativas legítimas, la prohibición de arbitrariedad y discriminación, la prohibición de denegar justicia, el mandato de transparencia y el deber de consistencia. Veamos cada uno de estos subestándares y su relevancia en el caso de controversias tributarias en un arbitraje de inversión. Debe hacerse la advertencia, no obstante, de que la separación analítica de subestándares es un ideal. En la práctica, la distinción es gris y los mismos pueden confundirse o complementarse entre sí (McLachlan, Shore, y Weiniger, 2017, pp. 7.102-7.239; Dolzer y Schreuer, 2008, pp. 119-148).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que es común encontrar limitaciones a la aplicación de este

estándar en materias tributarias. Por ejemplo, en el caso Occidental contra Ecuador (2004) el tribunal interpretó el BIT Estados Unidos-Ecuador y la limitación de materias tributarias únicamente para casos de expropiación, protección a las transferencias y acuerdos de inversión (Wälde y Kolo, 2008).

#### a. Expectativas legítimas

La protección de las expectativas legítimas representa quizás el paradigma del trato justo y equitativo y de las discusiones actuales sobre las obligaciones internacionales de protección a las inversiones. Por un lado, representa el compromiso de los Estados de generar estabilidad y seguridad jurídica para crear un clima favorable a las inversiones. Por otro lado, tal entendimiento puede entrar en conflicto con el interés de los Estados en contar con discrecionalidad para ejercer sus funciones. Ello deriva en que los tribunales cuenten finalmente con cierta discrecionalidad para evaluar la razonabilidad de la conducta estatal (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 145).

Las condiciones para probar un caso de expectativas legítimas son similares a las condiciones del principio de *estoppel*. Primero, debe probarse la conducta del Estado en un determinado sentido, considerando la legislación, los actos administrativos, decisiones judiciales, contratos, declaraciones y actos materiales del Estado. Segundo, tal conducta debe haber generado cierta confianza en el inversionista para llevar a cabo sus inversiones. Tercero, el Estado tendría que haber contrariado el sentido de sus conductas y de la confianza creada en el inversionista. (Crystallex c. Venezuela, 2016; Total c. Argentina, 2010).

¿Qué acciones estatales en materia tributaria pueden llevar a contrariar expectativas legítimas? En principio, todas (Godolphine, 2016; Davie, 2015). Cuando un inversionista cuenta con garantías de estabilidad tributaria, sea bajo el contrato o la ley, las nuevas normas, las decisiones de la administración o jurisdicción tributaria, así como las acciones coactivas de la administración tributaria que vayan en contra de tales garantías, pueden dar lugar a una violación de las expectativas legítimas del inversionista.

Más difícil será un caso en que no existan garantías de estabilidad, pues en su ausencia, un inversionista normalmente debería asumir que el Estado tiene la potestad de modificar el régimen legal tributario o tomar decisiones con cierta discrecionalidad. Sin embargo, debe evaluarse cada caso, particularmente si las circunstancias razonablemente podrían haber creado una expectativa contraria.

Por ejemplo, en el caso *Oostergetel contra Eslovaquia* (2012), se evaluó si el impulso de procesos de bancarrota por la administración tributaria violó las expectativas legítimas creadas por ciertos ofrecimientos y acuerdos en reuniones con el Estado. Finalmente, el tribunal no encontró mérito de aquellos ofrecimientos, sobre la base de las pruebas ofrecidas. Sin embargo, de haber ocurrido, podría haber dado lugar a una violación de las expectativas legítimas.

En el caso de *Occidental contra Ecuador* (2004), el tribunal evaluó si el cambio de criterio de la Administración tributaria con respecto a la interpretación del contrato y de la ley ecuatoriana sobre la devolución del impuesto al valor agregado habrían violado las expectativas legítimas. El tribunal encontró que, en efecto, el inversionista había invertido sobre la base de su confianza en el contrato suscrito, la ley nacional e internacional aplicable, así como las decisiones de la Administración tributaria en el sentido de que sí debía recibir la devolución del IVA. Sin embargo, el cambio de criterio de la Administración tributaria violó dichas expectativas.

#### b. Arbitrariedad y no discriminación

El estándar de arbitrariedad y no discriminación suele incluirse como un estándar independiente en los tratados. Sin embargo, también se interpreta dentro del estándar de trato justo y equitativo o del estándar de nivel mínimo de trato. La arbitrariedad se ha definido clásicamente en el caso relativo a *Elettronica Sícula S.p.a* (en adelante, *ELSI*) (1989, p. 124) como un acto que contraría el sentido más esencial de justicia. Se ha interpretado también como acciones estatales que carecen de justificación razonable. La discriminación ocurre en aquellos casos en que se afectan los derechos del inversionista debido a algún motivo prohibido, normalmente su nacionalidad extranjera (*Lemire c. Ucrania*, 2010).

Un caso en que Perú fue la parte demandada puede resultar paradigmático. Si bien en el marco del análisis de expropiación, en *Tza Yap Shum contra Perú* (2011) el tribunal determinó que las medidas cautelares impuestas por la Administración tributaria que llevaron a la quiebra a las inversiones del demandante en Perú fueron arbitrarias. Para llegar a dicha conclusión, el tribunal examinó de cerca las normas nacionales y los hechos, y determinó que las decisiones tomadas por el Estado no respetaron los derechos al debido proceso del inversionista, fueron excesivas y carecieron de razonabilidad.

¿Qué ocurrió en este caso? El demandante había invertido en una empresa de harina de pescado.

La SUNAT determinó que no se habían llevado bien los libros contables y que se había omitido declarar diversos ingresos. Luego, impuso medidas cautelares, como retenciones de cuentas bancarias, que habrían impedido el funcionamiento de la compañía, llevándola a la quiebra. El tribunal determinó que, en efecto, las medidas impuestas por la administración no se habrían fundado en los requisitos de la ley y habrían sido excesivas. Ello llevó al tribunal a determinar que la actuación estatal fue arbitraria y por tanto expropiatoria.

#### c. Denegatoria de justicia

El estándar de denegatoria de justicia suele incluirse también como un estándar independiente en los tratados, sin embargo, también se suele incluir dentro del estándar de trato justo y equitativo. Incluso tratados basados en el modelo norteamericano de 2012 reconocen a la prohibición de denegatoria de justicia como parte del nivel mínimo de trato o como el trato exigido por el derecho consuetudinario internacional. Dicho estándar exige el respeto de los principios esenciales del debido proceso, sea en sede judicial o en sede administrativa.

En el sonado caso *Yukos (Isle de Man) contra Rusia* (2014), los inversionistas invocaron precisamente la violación del trato justo y equitativo por haberse denegado los principios básicos de justicia. Los accionistas de *Yukos* participaron en la privatización de la empresa petrolera rusa considerando un esquema que permitía aprovechar regímenes regionales de beneficios tributarios. Años después, el gobierno consideró que la empresa cometía evasión de impuestos e impuso diversas medidas, desde el congelamiento de activos, hasta prisión para la dirección de la empresa. Asimismo, se determinó que las cortes que evaluaron las acciones estatales se encontraban influenciadas por el gobierno y no ofrecieron debidas oportunidades al inversionista para ejercer su defensa. Si bien el tribunal determinó que había ocurrido una expropiación y consideró que carecía de lugar pronunciarse sobre los demás argumentos, los hechos hubieran dado mérito a la demanda por trato justo y equitativo.

#### d. Transparencia

El estándar de transparencia está vinculado a la prohibición de arbitrariedad y exige que el inversionista tenga la oportunidad de entender y conocer el sustento y la justificación de la actuación del Estado. Por ejemplo, actos bajo la mesa de corrupción, que terminen afectando a las inversiones del demandante, pueden dar lugar a una violación del estándar de transparencia. Se trata, además, de una obligación íntimamente vinculada con las demás.

Al respecto, es importante notar lo señalado por Antonio Pastor Palomar:

En la jurisprudencia internacional la transparencia, la buena fe y el respeto de las expectativas legítimas del inversor están íntimamente relacionados [...]. El marco jurídico de la inversión ha de ser perceptible y la actuación de la administración del estado huésped no puede caer en la ambigüedad o contradicción. Esto no significa la estabilización del marco jurídico, sino más bien que no exista inconsistencia (discriminación, arbitrariedad, hostilidad) en la actuación de la administración del Estado (2006, p. 285).

e. Consistencia

El estándar de consistencia se enmarca en la necesidad de dar predictibilidad para generar un entorno estable que promueva las inversiones. El mismo prohíbe que un Estado incurra en conductas contradictorias que impidan al inversionista tener certeza sobre cómo actuar.

En síntesis, la conducta del Estado, sea mediante la emisión de normativa que cambie el régimen tributario, mediante las acciones y decisiones de la Administración tributaria o incluso mediante las decisiones judiciales en materia tributaria, puede dar lugar a la violación del estándar de trato justo y equitativo. Primero, se debe determinar si el tratado aplicable incluye las controversias tributarias dentro del alcance de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Luego, se deberá determinar cómo los hechos ocurridos se enmarcan en alguno de los subestándares indicados. En cualquier caso, la apreciación de los hechos y la conducta estatal se encuentra sometida a un análisis de razonabilidad por parte del tribunal, dada la generalidad de los estándares que regulan las acciones del Estado.

En muchos casos, el trato justo y equitativo ha conllevado a que el inversionista pueda recibir la protección del tratado internacional, que no tendría bajo un examen estricto de expropiación indirecta. La tarea para dar protección efectiva y certeza a los inversionistas es generar estándares más claros y previsibles.

3. Cláusula paraguas

Las cláusulas paraguas o de cumplimiento de compromisos, son provisiones en los tratados por los que el Estado se obliga bajo el derecho internacional a cumplir con sus obligaciones relativas a la inversión. Estas últimas pueden estar fundadas originalmente en un contrato o en legislación lo-

cal. La determinación del alcance personal y material de la cláusula paraguas resulta controvertido en la práctica jurisprudencial, la misma que dependerá de la interpretación particular que haga cada tribunal de la común intención de las partes del tratado.

En cuanto al alcance personal, se discute si una cláusula paraguas obligaría al Estado frente al inversionista a cumplir obligaciones suscritas por entes jurídicos distintos; por ejemplo, si obligaría a cumplir un contrato no suscrito por el Estado, sino por una empresa pública o una entidad administrativa. Asimismo, se puede discutir si deben coincidir el beneficiario de la obligación protegida y el demandante en el arbitraje (CMS c. Argentina, 2007) o el accionista puede reclamar bajo la cláusula paraguas por las obligaciones del Estado con su subsidiaria (LEG y E c. Argentina, 2007).

En cuanto al alcance material, se discute si la cláusula paraguas cubre cualquier incumplimiento de obligaciones bajo leyes locales (Noble Venturas c. Polonia, 2005) o si el incumplimiento debe ser grave o vinculado al ejercicio de potestades públicas (SGS c. Pakistán, 2003). Asimismo, en el caso de obligaciones derivadas de normas locales, se discute qué tipo de obligaciones y cuál debe ser su relación con la inversión en particular. Algunos tribunales han considerado también que las cláusulas paraguas no pueden cambiar el foro elegido en el contrato o ley que se pretende proteger, por lo que tendría que rechazarse en tal caso la controversia (BIVAC c. Paraguay, 2009).

En materia tributaria, el tribunal de El Paso contra Argentina (2011) tomó en cuenta los fundamentos del Comité de Anulación de CMS contra Argentina e interpretó restrictivamente la cláusula paraguas aplicable. Así, consideró que no todos los incumplimientos contractuales podían dar lugar a un incumplimiento de la cláusula paraguas, que las obligaciones suscritas con una subsidiaria de la demandante no podían vincular al Estado en base a la cláusula paraguas y que las obligaciones debían provenir de un acuerdo y no podían tener como fuente normas generales. En tal sentido, consideró que no había lugar al reclamo.

Considerando los compromisos de estabilidad que puede suscribir un Estado con el inversionista o los compromisos de asunción de la carga del cambio de régimen tributario que se puede suscribir con una empresa del Estado, las cláusulas paraguas juegan un rol importante para dar una vía adicional de protección frente a los posibles incumplimientos estatales, complementando las cláusulas de estabilidad.

#### 4. Estándares relativos: trato de nación más favorecida y trato nacional

Los estándares de trato de nación más favorecida y de trato nacional son conocidos como estándares relativos porque sus alcances se concretan comparando la situación del inversionista demandante con la de otros. En el caso del estándar de trato de nación más favorecida, se compara la situación del demandante con la de inversionistas extranjeros de otros países para determinar si aquel ha recibido un peor trato. En el caso del trato nacional, se compara la situación del demandante con la de los nacionales del país receptor de la inversión. Para ambos estándares se tiene que establecer que los casos son efectivamente comparables.

El objetivo de dichos estándares se sustenta en el principio de no-discriminación y libre competencia y la progresiva mejora de las condiciones de fomento a las inversiones. Así, los inversionistas se beneficiarán de los mejores tratos que puedan recibir los nacionales de otros países. Sin embargo, debe verificarse en cada caso la interpretación de la común intención de las partes. En ciertos tratados, la redacción específica de los estándares puede significar que se ha excluido ciertas obligaciones de las cláusulas de nación más favorecida (UNCTAD, 2010).

Esto ocurre muchas veces en materia tributaria. Es normal que los tratados de inversión excluyan de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida los beneficios tributarios producto de pertenecer a una unión aduanera o zona de libre comercio, así como los beneficios tributarios producto de acuerdos con los inversionistas, o los beneficios tributarios producto de tratados bilaterales en materia impositiva, como tratados de doble imposición (Wälde y Kolo, 2008, p. 567-571; Godolphine, 2016; Davie, 2015).

Por ejemplo, el BIT Perú-Argentina establece lo siguiente con respecto a la aplicación del trato de nación más favorecida a inversionistas que forman parte de una zona de libre comercio y de un acuerdo de doble imposición:

Artículo 3: Tratamiento nacional y cláusula de la Nación más favorecida

1. Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados, considerando el que sea más favorable para las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo (1), el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerda a inversores de un tercer Estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional similar.

3. Las disposiciones del párrafo (1) de este Artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas (1994).

En cada caso, será necesario analizar a detalle los términos exactos para verificar si es aplicable la cláusula de nación más favorecida o de trato nacional. Asimismo, se debe examinar los detalles exactos de los hechos para probar que nos encontramos ante casos comparables.

Por ejemplo, el tribunal de Occidental contra Ecuador (2004) encontró un incumplimiento a la cláusula de trato nacional en la medida en que el gobierno no había impuesto la misma interpretación de las normas tributarias a inversionistas locales en otros sectores productivos. El tribunal interpretó que la pertenencia al mismo sector no era un prerrequisito para que los casos sean comparables. Asimismo, el tribunal determinó que el estándar era objetivo: no importaba si la decisión no tuvo como propósito discriminar por motivo de nacionalidad. El tribunal decidió también que no había lugar a entrar a detalle del reclamo de nación más favorecida.

Las excepciones al trato nacional muchas veces pueden estar fundadas en un nacionalismo o proteccionismo retrógrado y contrario a un mundo más interconectado y globalizado. Sin embargo, en otros casos, pueden resultar de una medida estudiada y sopesada para fomentar la industria y el desarrollo local. Igualmente, las excepciones a las cláusulas de nación más favorecida se fundan en evitar *free riders* a los esfuerzos de los Estados por negociar acuerdos para una mayor integración, que a la larga puede ser el germen de una mayor libertad de empresa y de movilidad cosmopolita.

#### 5. Libre transferencia de remesas

Los tratados de inversiones protegen también las transferencias de flujos al extranjero. Evidentemente un inversionista desembolsa capital y hace sus negocios en el país receptor a cambio de un retorno. Por ello, resulta vital que los tratados in-

cluyan provisiones para garantizar dichas transferencias al extranjero. En materia tributaria, el Estado puede verse precisamente tentado a gravar de forma ilegítima dichos flujos, afectando la rentabilidad y la cadena de pagos del inversionista.

## V. MEDIDAS PROVISIONALES

Considerando las facultades de ejecución coactiva con las que cuenta la Administración tributaria, los inversionistas normalmente requerirán la posibilidad de solicitar medidas provisionales para evitar la agravación de la controversia o evitar la concreción de daños derivados de una posible medida ilegítima. El arbitraje de inversión usualmente permitirá solicitar al tribunal el otorgamiento de una medida provisional al respecto. En ese sentido, se pronuncia el artículo 47 del Convenio CIADI (Schreuer, Malintoppi, Reinisch y Sinclair, 2009, pp. 757-804).

No debe perderse de vista, además que conforme al artículo 26 del Convenio CIADI, el arbitraje bajo sus reglas se convierte en el único remedio al que deben acudir las partes para solucionar su controversia desde el consentimiento. La persecución del inversionista por parte del Estado mediante sus vías nacionales contraría dicha disposición y otorga una buena base al tribunal para dictar una medida provisional (Schreuer, Malintoppi, Reinisch y Sinclair, 2009, pp. 348-413).

Igualmente, las Reglas CNUDMI, usadas también comúnmente para resolver controversias entre inversionista y Estado, sujeto a lo que establezca la legislación nacional aplicable, establece en el artículo 26 la facultad del tribunal de dictar una medida cautelar a favor del inversionista a efectos de mantener o reestablecer el *status quo*, impedir daños al procedimiento arbitral, preservar bienes objeto de posible ejecución del laudo y preservar los elementos de prueba.

Como lo dicta el estándar internacional, el tribunal deberá examinar la apariencia de buen derecho sobre la base de lo alegado en el pedido cautelar, la necesidad de la medida considerando el peligro en la demora, así como la proporcionalidad de la medida que estaría por dictarse. En ese sentido, las medidas cautelares pueden servir como un remedio efectivo frente a las amplias potestades cautelares y de ejecución coactiva que pueden perjudicar o terminar la viabilidad de un negocio, tal como resulta del paradigmático caso de Tza Yap Shum contra Perú. Las excesivas medidas cautelares llevaron a la quiebra del negocio, para lo cual una medida cautelar en un arbitraje de inversión podría haber sido un remedio adecuado para el inversionista.

## VI. CONCLUSIONES

A pesar de la desconfianza que a veces se promueve contra él (Waibel et al, 2010, pp. xxxvii - li), el arbitraje de inversiones no es un mecanismo diseñado para favorecer al inversionista extranjero **a como dé lugar**. Tampoco lo son los tratados internacionales sobre protección de inversiones ni los contratos de inversión. Son, más bien, garantías para un ejercicio razonable de los poderes del Estado, incluida la potestad tributaria, tan necesario para promover el desarrollo de un país. Por diferentes factores, los Estados son rara vez los mejores socios, especialmente en países con instituciones precarias. Ello demuestra la importancia de la máxima *no taxation without investment protection*.

La jurisprudencia arbitral muestra que no es fácil para un inversionista extranjero probar que las garantías otorgadas por el Estado receptor de la inversión fueron vulneradas, más aún en materia tributaria, donde existe especial deferencia a las actuaciones del Estado. Al enfrentar cuestiones complejas los tribunales suelen mostrar genuino interés por lograr resultados que consideren un necesario equilibrio entre el derecho del Estado a regular y el clima favorable a las inversiones que el mismo Estado ha ofrecido.

En efecto, según demostramos en el apartado II, el arbitraje de inversión se trata de un foro neutral para juzgar las potestades estatales a la luz de sus compromisos de protección a las inversiones. Ello permite generar un clima favorable a las inversiones y al desarrollo. Siendo entonces la potestad tributaria fundamental y muy riesgosa para el inversionista, resulta esencial la máxima *no taxation without investment protection*.

En el punto III demostramos que los Estados han establecido diversos límites al acceso de los inversionistas a la jurisdicción de un tribunal de inversiones para adjudicar medidas tributarias, lo cual puede afectar la adecuada protección de los inversionistas frente a medidas tributarias indebidas. Ello se da en casos en que se pactaron excepciones específicas a obligaciones o a todo el tratado de protección a la inversión con respecto a los tributos. En otros casos, no obstante, depende del inversionista conocer los límites preestablecidos a la jurisdicción a efecto de tomar las decisiones y la estrategia legal que le permita aprovechar en mejor medida de las protecciones ofrecidas por los Estados.

En el punto IV verificamos los alcances y límites de las protecciones de fondo en materia tributaria. Los contratos de estabilidad aún son un mecanismo claro para generar incentivos correctos

al inversionista. Sin embargo, los tratados internacionales pueden ser una medida adicional de protección. No obstante, bajo la redacción actual de los tratados y la jurisprudencia actual, los tratados aún cuentan con muchas deficiencias. El estándar de expropiación indirecta resulta muy limitado para afrontar medidas tributarias. El trato justo y equitativo ofrece una protección más amplia, pero su contenido resulta muy indeterminado y sujeto a la discrecionalidad del tribunal. En algunos casos, la incertidumbre del inversionista equivale a ausencia de protección. La cláusula paraguas es un complemento adecuado de los contratos de estabilidad. Por su parte, las cláusulas de nación más favorecida y de trato nacional usualmente contienen limitaciones en materia tributaria. En algunos casos ello puede estar incentivado por un nacionalismo incompatible con la globalización de la economía, pero en otros casos permite evitar *free riders* a los esfuerzos del Estado de fomentar la industria local o los esfuerzos en negociar tratados de integración comercial. Resulta siempre necesario reexaminar si las limitaciones actuales son en todos los casos compatibles con el fomento a la inversión extranjera.

Finalmente, en el punto V verificamos que las medidas cautelares pueden ser de vital importancia para contrarrestar las amplias facultades de ejecución coactiva y las potestades cautelares de la administración tributaria.

La tarea que queda para el futuro es generar reglas estables y claras a efectos de brindar total seguridad a los inversionistas sobre los riesgos y los costos que puede involucrar su inversión. La potestad tributaria es fundamental para que el Estado pueda cumplir sus funciones. Sin embargo, dicha potestad no puede ser ejercida sin el debido respeto a los derechos de los inversionistas, pues ellos son precisamente quienes generan, con la rentabilidad de sus negocios, ingresos muy importantes para el fisco, lo que a su vez devenga en los servicios públicos que los ciudadanos esperan. 🗣️

## REFERENCIAS

- Boubakri, N., Mansi, S. y Saffar, W. (2013). Political institutions, connectedness, and corporate risk-taking. *Journal of International Business Studies*, 44 (3), pp. 195-215. <https://doi.org/10.1057/jibs.2013.2>.
- Danós Ordóñez, J. (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *Ius et Veritas*, 23(46), pp. 258-269. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11971>.
- Davie, M. (2015). Taxation-based investment treaty claims. *Journal of International Dispute Settlement*, 6(1), pp. 202-227. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv005>.
- Denza, E. (2018). Nationality and Diplomatic Protection. *Netherlands International Law Review*, 65, pp. 463-480. <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0119-4>.
- Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Dumberry, P. (2018). *The formation and identification of rules of customary international law in international investment law* (2da ed.). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316481479>.
- Gjuzi, J. (2018). *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-97232-9>.
- Godolphin, J. (2018). Resolution of tax disputes in international arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 4(1), pp. 86-104.
- Juratowitch, B. (2008). The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 23 (1), pp. 10-35. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/23.1.10>.
- Jensen, N. (2008). Political Risk, Democratic Institutions, and Foreign Direct Investment. *The Journal of Politics*, 70 (4), pp. 1040-1052. <https://doi.org/10.1017/s0022381608081048>.
- Kinnear, M. (2013). Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Arbitration. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 6 (3), pp. 653-674.
- Knieper, R. (2015) Rethinking Investment Arbitration. *SchiedVZ | German Arbitration Journal*, 13 (1), pp. 25-32.
- Klerman, D. (2007). Legal Infrastructure, Judicial Independence, and Economic Development. *Global Business & Development Law Journal*, 19, pp. 427-434.
- Lazem, A. y Bantekas, I. (2015). The treatment of tax as expropriation in International investor-state arbitration. *Arbitration International*. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv030>.

- Newcombe, A. y Paradell, Ll. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- McLachlan, C., Shore, L., y Weiniger, M. (2017). *International investment arbitration: substantive principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Mansour, M., y Nakhle, C. (2016). Fiscal stabilization in oil and gas contracts evidence and implications. Recuperado de la página web de The Oxford Institute for Energy Studies <https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2016/02/Fiscal-Stabilization-in-Oil-and-Gas-Contracts-SP-37.pdf?v=3acf83834396>. <https://doi.org/10.26889/9781784670481>.
- Pastor Palomar, A. (2006). Protección de Inversiones con Conceptos Indeterminados: El Trato Justo y Equitativo en los APPRIIS celebrados por España. En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LVIII. I. pp. 271-287
- Pesch, S. tho (2015). The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law. En Weiß, N. y Thouvenin, J.M. (Eds.), *The Influence of Human Rights in International Law* (pp. 55-68). Cham: Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-12021-8\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-319-12021-8_5).
- Reinisch, A. (2008). Expropriation. En Muchlinski, P., Ortino, F. y Schreuer, C. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 726-813. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199231386.013.0011>.
- Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., y Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511596896>.
- Sicard-Mirabal, J. y Derains, Y. (2018). *Introduction to Investor-State Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Steingruber, A.M. (2012). *Consent int International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Staats, J. y Biglaiser, G. (2011). The Effects of Judicial Strength and Rule of Law on Portfolio Investment in the Developing World. *Social Science Quarterly*, 92 (3), pp. 609-630. <https://doi.org/10.1111/j.1540-6237.2011.00784.x>.
- Tejera, V. (2012). Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (2), pp. 445-475. <https://doi.org/10.1093/jnlids/ids002>.
- Vermeer-Künzli, A. (2007). As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *The European Journal of International Law*, 18 (1), pp. 37-68. <https://doi.org/10.1093/ejil/chm009>.
- Waibel, M. et al (2010). *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Wälde, T. W., y Kolo, A. (2008). Coverage of taxation under modern investment treaties. En Muchlinski, P., Ortino, F. y Schreuer, C. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, s/p. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199231386.013.0009>.
- Wegen, G., y Markert, L. (2010). Food for Thought on Fork-in-the-Road: A clause awakens from its hibernation. *Austrian Yearbook on International Arbitration*, pp. 269-292.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/99/2. (Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia), de 25 de junio de 2001.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/01/8 (CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina), de 17 de julio de 2003.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB (AF)/04/5 (Archer Daniels Midland Company y Tate y Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos), de 21 de noviembre de 2007.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/03/28 (Duke Energy International Peru Investments 1 Ltd. c. Republica del Perú), de 18 de agosto de 2008.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/07/21 (Pantechniki S.A. Contractors and Engineers c. República de Albania), de 30 de julio de 2009.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/07/12 (Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. La República del Líbano), de 11 de setiembre de 2009.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/04/01 (Total S.A. c. República de Argentina), de 27 de diciembre de 2010.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/07/6 (Tza Yap Shum c. República del Perú), de 7 de julio de 2011.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/09/5 (Energía S.A. c. República de Guatemala), de 17 de agosto de 2012.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/08/5 (Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador), de 8 de noviembre de 2012.

Laudo recaído sobre el caso CIADI ARB/10/2 (Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú), de 21 de mayo de 2013.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). London Court of International Arbitration. Laudo recaído sobre el caso LCIA UN3467 (Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador), de 1 de julio de 2004.

London Court of International Arbitration. Laudo recaído sobre el caso LCIA UN3481 (EnCana Corporation c. República de Ecuador), de 3 de febrero de 2006.

Corte Permanente de Arbitraje. Laudo recaído sobre el caso PCA 2009-23 (Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador), de 4 de enero de 2012.

Laudo recaído sobre el caso UNCITRAL (Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c. República Eslovaca), de 23 de abril de 2012.

Corte Permanente de Arbitraje. Laudo recaído sobre el caso PCA AA 226 (Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. La Federación Rusa), de 18 de julio de 2014.

Corte Permanente de Arbitraje. Laudo recaído sobre el caso PCA AA 227 (Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. La Federación Rusa), de 18 de julio de 2014.

Corte Permanente de Arbitraje. Laudo recaído sobre el caso PCA AA 228 (Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. La Federación Rusa), de 18 de julio de 2014.

Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Argentina sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, de 24 de octubre de 1996.

Tribunal arbitral *ad hoc* conformado por Arnaldo Meneses Díaz, Sandra Sevillano Chávez y Luis Hernández Berenguel. Laudo arbitral de Derecho recaído en la Resolución 25 (Gold Fields La Cima S.A. c. Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión y Ministerio de Energía y Minas – MEM), de 2 de octubre de 2015.

Tribunal arbitral de Alta Silesia. Laudo recaído sobre el caso 6 Ann. Dig. 69 (Kügele c. El Estado de Polonia), de 1932.