

## Juicios contra el Estado en relación a impuestos en virtud de los Tratados Bilaterales de Inversión

Cincotta, Federico M. A.

Griffin, Peter

(1)

En los últimos años, hemos sido testigos de una serie de arbitrajes internacionales muy importantes en los cuales los inversores extranjeros han buscado resarcimiento a raíz de las medidas fiscales adoptadas por los estados en los que han realizado sus inversiones (a los que por lo general se los refiere como el "estado de acogida o estado anfitrión") en virtud de los tratados bilaterales de inversión (TBI). Si bien los detalles específicos de estos casos varían comparten muchas características en común. En cada caso, la imposición (o la amenaza de la imposición) de impuestos por parte del Estado de acogida es vista por los inversionistas extranjeros como una violación de sus derechos en virtud del tratado bilateral aplicable. En muchos casos, los procedimientos de arbitraje internacional, en el marco del tratado de inversión relevante, se llevan a cabo en paralelo a un proceso ante los tribunales nacionales competentes, a los cuales se les pide que se pronuncien sobre la validez de la medida tributaria. Muy a menudo las sumas que están en juego son muy altas y los problemas que se presentan pueden ser complejos.

Por eso es importante para las empresas multinacionales que se dedican a las inversiones extranjeras comprender el alcance y la extensión de los derechos consagrados en los tratados bilaterales, tanto a nivel general como así también en relación a la cuestión específica de impuestos. Es igualmente importante que los Estados entiendan si, y en qué medida, su derecho soberano a gravar impuestos puede verse afectado por las obligaciones consagradas en los tratados internacionales.

Si bien el perfil de arbitrajes de tratados de inversión bilateral ha aumentado en los últimos años (y sobre todo en la última década), la adjudicación de importantes disputas relacionadas con los impuestos a través del arbitraje internacional no es un fenómeno nuevo. Varios de esos casos se fundamentaron en los tratados bilaterales de inversión o en las leyes de promoción de inversiones que contenían protección similar para los inversores. Hay, por lo tanto, una cantidad significativa de laudos arbitrales que puede proporcionar alguna orientación —para inversores y Estados por igual— en cuanto a qué tipo de medidas tributarias son consistentes o inconsistentes con las obligaciones de los Estados en virtud de tratados bilaterales de inversión.

En primer lugar, es importante entender un poco más detalladamente qué tipos de derechos se otorgan a los inversores en los TBI (ver Sección I). Luego es relevante entender qué lecciones se pueden extraer de la aplicación de estas disposiciones en el contexto de las disputas relacionadas con impuestos (ver Sección II).

### **Sección I: Tratados Bilaterales de Inversión: Disposiciones Relacionadas con la Protección del Inversor Relativas a Impuestos**

Los TBI son un fenómeno relativamente reciente. El primer tratado fue firmado por Pakistán y Alemania el 25 de noviembre de 1959. Luego de 54 años más de 2.500 tratados bilaterales de inversión o instrumentos de efecto equivalente se han celebrado en todo el mundo. Si bien hay diferencias entre los tratados con frecuencia comparten una serie de características comunes, las cuales se describen a continuación.

#### **i. Los Tratados Bilaterales de Inversión otorgan Derechos a los No Firmantes, es decir a los Inversores**

Una de las características más destacables de un TBI es que aunque firmado entre dos Estados otorga una serie de derechos a quien no fue parte del tratado, es decir a los

inversores. Normalmente, los dos estados celebran un tratado en virtud del cual se comprometen a otorgar una serie de derechos a los inversionistas del otro país que realizan las inversiones. Cabe destacar que el inversor adquirirá sus derechos en virtud del tratado, simplemente haciendo una inversión "calificada" en el país de acogida y el Estado anfitrión simultáneamente se encuentra obligado por una serie de obligaciones a dicho inversor. Por lo general, no hay ningún requisito de que el inversor contrate con el Estado anfitrión o de que participe directamente con el estado anfitrión para hacer uso de los derechos que el TBI confiere.

Naturalmente, cada TBI establece varias condiciones que deben cumplirse para que el inversor pueda verse beneficiado del conjunto de garantías y protecciones que cada TBI otorga. Estas condiciones pueden incluir, entre otras cosas: los requisitos específicos en cuanto a la naturaleza de los inversores así como a la naturaleza de las inversiones. En la práctica y llegado el caso de una controversia entre el inversionista y el Estado anfitrión, el cumplimiento o no de estas condiciones se determina a menudo a través de litigios.

## **ii. La Opción de tener las Disputas Relacionadas a los Tratados Resueltas a través del Arbitraje Internacional**

Entre los derechos normalmente concedidos a los inversores calificados en los TBI es el derecho a que cualquier disputa sea juzgada fuera del país de acogida a través de alguna forma de arbitraje internacional vinculante. La atracción de tener un arbitraje internacional vinculante para un inversionista es obvia. Con o sin razón, muchos inversionistas creen que los tribunales nacionales de un Estado de acogida no son completamente imparciales como un tribunal de arbitraje neutral para sostener que el Estado es responsable de la violación de un tratado. La visión de este mecanismo para un Estado de acogida es una cuestión más delicada. En muchos casos, un estado anfitrión tendría derecho a creer que sus tribunales nacionales están perfectamente en condiciones de determinar si el Estado ha actuado o no correctamente. Además muchos estados podrían ver, en cierta medida, la presentación de tales controversias ante un árbitro exterior como una erosión de sus poderes soberanos. Sin embargo, los estados en general se han mostrado dispuestos a aceptar este mecanismo como un *quid pro quo* para garantizar que sus propios inversionistas tengan acceso a arbitraje internacional para sus conflictos extranjeros. Otros estados han aceptado que este es el precio que deben pagar con el fin de atraer capital extranjero a su país. No obstante, todavía hay algunos TBI, aunque son relativamente escasos, que no proporcionan acceso a ninguna forma de arbitraje.

Aun cuando los Estados aceptan —como la mayoría— que las controversias relacionadas con los tratados pueden ser sometidos a arbitraje internacional no es raro que los estados impugnen la jurisdicción de un tribunal arbitral para intervenir en un caso particular, entablada en su contra por un inversor. A menudo, estos desafíos jurisdiccionales son planteados por el Estado demandado y se argumentan ante el propio tribunal arbitral. Este es un ejemplo del principio general de la competencia conforme al cual los árbitros están comúnmente facultados para pronunciarse sobre la existencia y el alcance de su propia jurisdicción. Las disputas jurisdiccionales de este tipo son frecuentes en los conflictos relacionados con impuestos, en los cuales los Estados han argumentado —a menudo con éxito— que una controversia fiscal determinada debe ser dirimida ante sus tribunales nacionales. Un ejemplo reciente es el caso *Heritage Oil contra Uganda* en el cual se ha reportado que el caso fue desechado en gran medida por el tribunal arbitral. El tribunal dictaminó que la mayor parte de los reclamos impositivos deben ser juzgados por el tribunal fiscal de Uganda. Uganda sostuvo, entre otras cosas, que *Heritage Oil* perdió su derecho a tener el asunto resuelto mediante arbitraje cuando se sometió a la jurisdicción del Tribunal de Apelaciones de Impuestos de Uganda. Sin embargo, el tribunal ha mantenido jurisdicción sobre una reclamación tributaria más pequeña en relación a una cláusula de estabilización contractual.

### iii. Garantía de un trato justo y equitativo

La mayoría de los tratados relativos a la protección de las inversiones contienen algún tipo de garantía que las inversiones calificadas y/o los inversionistas serán tratados de manera justa y equitativa (2). La enunciación precisa de estas disposiciones varía según los tratados y tales diferencias pueden tener un impacto en el alcance de la protección que proporciona a los inversores. Asimismo, como ha señalado el Tribunal en el caso *Mondev*, el "juicio de lo que es justo y equitativo, no puede ser alcanzado de manera abstracta, sino que debe depender de las circunstancias del caso particular." (3).

En el transcurso de la última década una serie de laudos arbitrales han contribuido a la comprensión de lo que un inversor tiene derecho a esperar de un país de acogida en relación a la garantía de trato justo y equitativo. Los tribunales arbitrales han tratado de explicar la garantía de trato justo y equitativo utilizando palabras que son igualmente vagas. Consiguientemente, la norma del trato justo y equitativo ha sido definida en el sentido de una garantía en contra de la indiferencia deliberada del debido proceso, la arbitrariedad, la idiosincrasia, la injusticia, la falta de buena fe, la falta de proporcionalidad, etc. Se puede obtener una mejor comprensión de la norma a través del análisis de los escenarios de hecho donde la misma se ha aplicado. Ello sugiere que la norma ofrece garantía de (i) transparencia y de protección de la legítimas expectativas de los inversores, (ii) protección contra el trato hostil, el acoso y la coerción de las autoridades gubernamentales, (iii) justicia natural y debido proceso legal, (iv) buena fe, (v) protección contra el uso de los instrumentos legales para usos distintos a su finalidad prevista, y (vi) protección contra cualquier conspiración de las autoridades gubernamentales para destruir una inversión (4). Es evidente que varias de estas categorías podrían, en principio, ser invocadas por un inversor en el marco de un litigio fiscal. Por ejemplo, en *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador*, el tribunal sostuvo que el trato inconsistente por parte de Ecuador hacia el demandante en relación a ciertas devoluciones del IVA constituye una violación del estándar de trato justo y equitativo (5).

### iv. Garantías contra la expropiación

Los TBI también suelen proporcionar garantía a los inversores contra la expropiación ilegal. Una vez más, el tipo de protección que se concede varía según el tratado de que se trate. Sin embargo, normalmente, la expropiación sólo será lícita si no es discriminatoria, por causa de utilidad pública y mediante compensación adecuada. En tanto y en cuanto la expropiación es definida de este modo, las garantías contra la expropiación ofrecidas por los TBI son vistas por los inversionistas y también por los estados por igual como un apoyo a las inversiones internacionales. Mientras que los impuestos no son, per se, considerados constitutivos de expropiación, ha habido casos en los que se ha tenido que analizar si una medida fiscal determinada adoptada con respecto a una inversión determinada es expropiatoria (ver Sección II).

### v. Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida

Muchos TBI también garantizan a los inversores calificados que ellos y sus inversiones serán tratados de una manera que es (i) no menos favorable que el trato dispensado a los nacionales del país de origen (es decir, el principio de trato nacional), y (ii) no menos favorable que el trato dispensado a los inversores más favorablemente tratados de terceros estados (es decir, una garantía de la nación más favorecida).

Estas disposiciones son inusuales en ciertos aspectos, sobre todo en que los derechos de los inversores pueden evolucionar con el tiempo. Cada vez que un inversionista extranjero recibe un trato más favorable, los derechos del inversor han evolucionado para adquirir este nuevo estándar. Puede ser difícil para un estado realizar un seguimiento de esta constante evolución con el fin de garantizar vis a vis el cumplimiento a cada inversionista calificado de esta norma en evolución.

En el ámbito de los tributos, estas disposiciones pueden ser de particular importancia porque los estados de vez en cuando conceden un tratamiento fiscal más favorable a una clase específica de inversores o a una inversión. Al conceder un tratamiento fiscal más favorable, es posible que el estado se haya expuesto a una responsabilidad frente a otros inversores quienes pueden argumentar que ellos también se benefician de ese tratamiento fiscal más favorable.

#### **vi. Garantías de Protección y Seguridad**

Muchos TBI contienen garantías para que los inversionistas y sus inversiones disfruten de un cierto grado de protección y seguridad. Tradicionalmente, estas garantías eran interpretadas con referencia a la seguridad física. En los últimos años, sin embargo, ha habido varios casos en los que (según la redacción específica del tratado en cuestión) los tribunales de arbitraje han interpretado estas disposiciones de manera más amplia. En *Biwater Gauff Ltd. contra Tanzania*, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que el nivel de protección y seguridad en el marco del tratado en cuestión estaba "lleno" y por lo tanto declaró lo siguiente:

"El Tribunal de Arbitraje se adhiere a la posición de Azurix que sostiene que cuando los términos "protección" y "seguridad" son calificados por "completo", el contenido de la norma puede extenderse a asuntos distintos de la seguridad física. Implica la garantía de un Estado de estabilidad en un entorno seguro, tanto física, como comercial y legal. Sería, en opinión del Tribunal Arbitral, ser excesivamente artificial limitar la noción de "seguridad total" sólo a un aspecto de la seguridad, sobre todo teniendo en cuenta el uso de este término en un TBI, dirigido a la protección de las inversiones comerciales y financieras." (6).

Otros casos han adoptado un enfoque similar, incluyendo *Azurix contra Argentina* (7), *Siemens contra Argentina* (8) y *Compañía de Aguas y Vivendi contra Argentina* (9). Sugerir que existe una práctica consistente en este tema sería estrechar demasiado el concepto, ya que algunos tribunales han adoptado un enfoque más restrictivo, que limita el alcance de la garantía a la protección física (10).

#### **vii. Disposiciones Específicas en relación a Impuestos en los Tratados Bilaterales de Inversión**

Aunque la mayoría de los TBI son textos de aplicación general, cabe señalar que algunos de estos tratados contienen disposiciones específicas relativas a impuestos, que por lo general limitan el alcance de las garantías previstas en relación a impuestos. Por ejemplo, el modelo del tratado de inversión bilateral de EE.UU. 2012 establece lo siguiente:

"Artículo 21: Tributación

1. Salvo lo dispuesto en este Artículo, ninguna disposición en la Sección A impone obligaciones con respecto a medidas tributarias. 2. Artículo 6 [Expropiación] se aplicará a todas las medidas tributarias, salvo que el demandante que afirma que una medida constituye una expropiación podrá someter una reclamación a arbitraje bajo la Sección B sólo si:

(a) el demandante primero ha referido por escrito la cuestión de si la medida constituye una expropiación a las autoridades fiscales competentes de ambas Partes, y (b) dentro de los 180 días siguientes a la fecha de referida la cuestión, las autoridades fiscales competentes de las dos Partes no logran llegar a un acuerdo de si la medida tributaria no constituye una expropiación. 3. Sin perjuicio del apartado 4, el artículo 8 [Requisitos de Rendimiento] 2 a 4 se aplicarán a todas las medidas tributarias.

4. Ninguna disposición del presente Tratado afectará los derechos y obligaciones de las Partes bajo cualquier convenio tributario. En el caso de inconsistencia entre este Tratado y cualquiera de estos convenios, el convenio prevalecerá en el caso de inconsistencia. En el caso de un convenio tributario entre las Partes, las autoridades competentes bajo ese convenio tendrán la responsabilidad de determinar si existe alguna incompatibilidad entre este Tratado y ese convenio." (11).

El ejemplo anterior ilustra cómo ciertos estados están modificando significativamente el régimen general de garantías y protecciones bajo los TBI en materia tributaria. Un enfoque más limitado se refleja en el TBI del Reino de los Países Bajos/India que limita el alcance de determinadas disposiciones de los tratados específicos (en este caso el trato nacional y las disposiciones de la nación más favorecida) en lo concerniente a materia tributaria:

"4) Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 en relación a la concesión de trato nacional y del trato de la nación más favorecida tampoco se aplicará con respecto a cualquier acuerdo o convenio internacional relacionado total o principalmente a tributación o cualquier legislación nacional o de acuerdos como consecuencia de tal legislación relacionada total o principalmente a tributación." (12).

Por lo tanto, es importante para los inversores y los funcionarios del estado por igual verificar si existen limitaciones aplicables en el ámbito general de un TBI o alguna de las disposiciones que contiene.

## **Sección II: Lecciones del Accionar de los Tribunales Arbitrales Internacionales en materia de Reclamos Tributarios basados en los Tratados Bilaterales de Inversión.**

Para los funcionarios y los profesionales involucrados en disputas tributarias nacionales — contenciosas o no — las diversas garantías contenidas en los tratados bilaterales que se han descrito brevemente anteriormente pueden parecer poco concisas, sino vagas. En muchos países, los conflictos fiscales implican la aplicación de normas técnicas a las transacciones y empresas. A menudo, estos casos involucran la aplicación de la jurisprudencia desarrollada por las cortes o los tribunales especializados. Por lo tanto, uno podría ser perdonado por cuestionar que rol cumplen los TBI en el esquema general de los asuntos fiscales de las empresas multinacionales. Sin embargo, ellos juegan un papel. Algunos de los primeros casos presentados bajo los TBI fueron en relación a impuestos, y a su vez ha habido muchos de estos casos en los años posteriores. Hoy en día, algunos de los casos más notorios del mundo en relación a impuestos son objeto de arbitraje internacional en virtud de los tratados bilaterales de inversión. Esas disputas de alta notoriedad incluyen: (i) la disputa de Vodafone con las autoridades fiscales de la India sobre la aplicación retroactiva de impuestos sobre la venta de activos situados en la India a los compradores extranjeros de los últimos 50 años, (ii) la disputa entre Tullow Oil, Heritage Oil y Uganda sobre la aplicación del impuesto a las ganancias de capital a determinadas transacciones en el sector petrolero de Uganda, y (iii) el conflicto entre determinados accionistas de Yukos y la Federación Rusa sobre la supuesta utilización de medidas fiscales como medio para expropiar la empresa.

Hay buenas razones para creer que los conflictos de este tipo aumentarán. En primer lugar, la globalización junto con la proliferación de tratados bilaterales de inversión ha llevado a un número sin precedentes de inversiones que califican para protección en virtud del TBI aplicable. En segundo lugar, la crisis económica mundial ha llevado a las autoridades fiscales en todas partes del mundo a adoptar un enfoque más robusto de la percepción y recaudación de impuestos. Al mismo tiempo, y por las mismas razones, los inversionistas están tratando de reducir la carga fiscal a nivel mundial. No es irracional, por tanto, suponer que esta "tensión" dará lugar a un aumento de los litigios fiscales en general y al arbitraje de impuestos en particular. En tercer lugar, hay ciertos fenómenos particulares y específicos a una determinada industria, que sugieren que las disputas de impuestos relacionados con tratados deberían aumentar.

\* Por ejemplo, en la industria del petróleo y el gas las circunstancias que dieron lugar a la controversia de Tullow Oil/Heritage/Uganda son susceptibles de ser aplicadas en otros lugares. En ese caso, dos empresas relativamente pequeñas (Tullow y Heritage) realizaron un importante descubrimiento de hidrocarburos en un país relativamente pobre, Uganda. Por diferentes razones, Heritage vendió la totalidad de su participación a Tullow y Tullow vendió una parte de su participación a CNOOC y a Total. El estado de Uganda intentó gravar

impuestos sobre las ganancias de capital en ambas transacciones. La controversia ha dado lugar a un litigio en Londres y en Kampala. Además, ambos Heritage y Tullow han iniciado arbitrajes de tratados de inversión contra Uganda. Independientemente de los detalles de estos casos, lo más probable es que habrá otras empresas que, como Heritage y Tullow, tratarán de obtener beneficios económicos de sus inversiones después de haber hecho descubrimientos importantes, sobre todo cuando el capital necesario para desarrollar estos activos es sustancial. Es posible, incluso más que probable, que los estados sigan el ejemplo de Uganda e intenten imponer gravámenes a cualquier acto de disposición de bienes. Dado el número de descubrimientos importantes de recursos naturales en la última década, la probabilidad de nuevos conflictos relacionados con los impuestos es por lo tanto alta.

\* De vez en cuando, habrá medidas de carácter general adoptadas por un país específico que también dará lugar a una serie de disputas de tratados relacionados con los impuestos. El trasfondo de la disputa Vodafone/India es un buen ejemplo. Ese caso fue iniciado como resultado de la promulgación de una ley de impuestos con efecto retroactivo en la India. Muchas otras empresas ya han indicado que han iniciado o iniciarán arbitrajes de tratados a consecuencia de ello.

Esto plantea varias cuestiones importantes para el profesional que se dedica a arbitraje y tributos. ¿Qué tipo de controversias tributarias están siendo sometidas actualmente a los tribunales internacionales de arbitraje? ¿Están los tribunales arbitrales internacionales debidamente equipados para hacer frente a casos de este tipo? ¿Están los Estados obligados a respetar un fallo adverso en un arbitraje internacional relacionado con impuestos? Al momento no es posible dar una respuesta completa a estas y muchas otras preguntas. Lo que se establece a continuación es un intento de extraer alguna información significativa de los arbitrajes existentes relacionados con impuestos.

#### **i. Los Arbitrajes Relacionados con Impuestos en virtud de los Tratados Bilaterales de Inversión han sido iniciados en Relación a una amplia gama de Disputas de Tributos relacionadas con Impuestos Directos e Indirectos.**

Se han iniciado casos sustentados en los tratados bilaterales de inversión con respecto a ambos, impuestos directos e indirectos. El objeto de las disputas incluye por ejemplo: IVA (Occidental Exploration and Company Production contra República del Ecuador [\(13\)](#)), el impuesto sobre las ganancias de capital (Heritage Oil contra República de Uganda [\(14\)](#) , Tullow Oil contra República de Uganda [\(15\)](#) , Equatorial Guinea contra CMS Energy et al. [\(16\)](#)), el impuesto al consumo (Marvin Feldman contra Estados Unidos Mexicanos [\(17\)](#)), el impuesto sobre las ventas (Tza Yap Shum contra República del Perú [\(18\)](#)), el impuesto de sociedades (Quasar de Valores SICAV SA y otros contra La Federación Rusa [\(19\)](#), Antoine Goetz contra República de Burundi [\(20\)](#)), la estabilización fiscal (Kaiser bauxita contra Jamaica [\(21\)](#) , Alcoa Minerals contra Jamaica [\(22\)](#)), el impuesto a las transacciones (Vodafone contra República de la India [\(23\)](#)), y el impuesto sobre determinados beneficios extraordinarios (Paushok et. al contra El Gobierno de Mongolia [\(24\)](#)).

La amplitud de los temas relacionados con impuestos que han dado lugar al arbitraje de tratados de inversión es significativa en sí misma. Esto demuestra que los Estados al hacer uso de su soberanía al imponer impuestos a los inversores extranjeros también deben cumplir con sus obligaciones consagradas en los TBI o se arriesgan a ser responsables en virtud del derecho internacional.

#### **II. La Tributación puede Equivaler a una Expropiación en Determinadas Circunstancias**

Hay, por supuesto, una distinción entre las nociones tradicionales de expropiación y de impuestos. Esta distinción, sin embargo, no es del todo determinante porque la mayoría de los TBI incluyen también, en el ámbito de la garantía contra la expropiación, una garantía contra las medidas que son equivalentes a la expropiación. Hay además jurisprudencia para

sostener la afirmación de que la expropiación puede ser parcial y puede relacionarse con el derecho contractual. Es por ello que los inversionistas y los estados por igual deben considerar si una medida determinada constituye una medida equivalente a una expropiación total o parcial de una determinada inversión.

En *Quasar de Valores contra La Federación Rusa*, el tribunal arbitral fue llamado a examinar si la recaudación de ciertos impuestos por parte del Estado ruso de la compañía petrolera Yukos equivalía a una expropiación de determinados derechos de los accionistas. El tribunal enmarcó la cuestión de la siguiente manera:

"...Toda clase de impuestos, por supuesto, tiene el efecto del apoderamiento de dinero de los contribuyentes, pero no tiene sentido decir que por lo tanto es indemnizable. El impuesto es el pago de una deuda establecida por la ley en favor del tesoro público ("el precio que pagamos por la civilización", en la famosa expresión de Holmes). Pero si la ostensible colección de impuestos, se determina que es parte de un conjunto de medidas destinadas a efectuar un despojo por fuera de las restricciones normativas y prácticas de la potestad tributaria, estas medidas son expropiatorias..." (25).

Por lo tanto, la cuestión de si una medida tributaria específica o un conjunto de medidas viola la protección brindada por los tratados de inversión bilateral puede depender (si posteriores tribunales arbitrales siguen este análisis) de la determinación de si dicha medida (s) forma (n) "parte de un conjunto de medidas destinadas a efectuar un despojo por fuera de las restricciones normativas y prácticas de la potestad tributaria, estas medidas son expropiatorias."

Si bien el enfoque del tribunal en *Quasar de Valores* parece ser razonable, en efecto responde una pregunta con otra: ¿cuáles son las restricciones normativas y prácticas de la potestad tributaria? En la práctica, esto dependerá del juicio de valor del tribunal arbitral de que se trate, pero sugiere que la constatación de la expropiación será de aplicación al caso particular.

En *Rosinvest UK Ltd contra La Federación Rusa* por ejemplo el tribunal arbitral tuvo en cuenta los siguientes factores (i) la magnitud del impuesto, (ii) la coherencia del enfoque con respecto a las empresas situadas en el mismo lugar y (iii) el contexto general en el que se recaudaron los impuestos, con el fin de determinar si en su conjunto la constituye "prueba de las intenciones... que van más allá de la mera aplicación de la legislación fiscal" (26).

### **iii. Los Tratados Bilaterales de Inversión pueden complementar La Estabilización Contractual**

Las cláusulas de estabilización contractual son un importante mecanismo que es utilizado por los inversionistas multinacionales para aislarse de los cambios adversos de las normas fiscales aplicables. Es de notorio conocimiento que el objetivo de estas cláusulas es "congelar" el régimen fiscal aplicable a una determinada inversión en un determinado momento en el tiempo y por lo tanto proteger al inversor de los cambios negativos en el futuro. La idea, por supuesto, es que un inversor cierra un trato con respecto a un régimen fiscal que conoce pero no debe estar a merced de un estado contraparte, quien puede cambiar ese régimen después que la negociación ha tenido lugar.

Sin perjuicio de que las cláusulas de estabilización contractual son, en principio, fáciles de comprender, son de difícil aplicación en la práctica. A menudo son interpretadas de manera restrictiva y en contra del inversor, a quien se presume que ha tenido la oportunidad de negociar una protección suficiente para sí mismo. Algunos podrían argumentar que un estado podría "legislar por afuera" de una cláusula de estabilización contractual para capturar los ingresos fiscales por medio de impuestos que no son identificados específicamente en la cláusula correspondiente. Sin embargo, si un Estado legisla por afuera de una cláusula de estabilización contractual determinada se debe considerar las posibles consecuencias de tal acción sobre la obligación del TBI de tratar a los inversores/inversiones en forma "justa y

equitativa". Como hemos visto anteriormente, el estándar de trato justo y equitativo puede ser utilizado para proteger a un inversor de sus "legítimas expectativas", entre otras cosas. Dependiendo de las circunstancias, el argumento podría ser que estas "legítimas expectativas" pueden complementar los términos expresos de una cláusula de estabilización contractual. El hecho de que este argumento pueda tener éxito, por supuesto, depende de los hechos específicos de la disputa en cuestión.

#### **iv. Las Autoridades Fiscales deben tener en cuenta el Impacto de las Disposiciones de la Nación más favorecida en el Tratamiento de los Inversores Extranjeros**

La mecánica de las cláusulas de la nación más favorecida ("NMF"), que típicamente se encuentran en los tratados bilaterales de inversión, se describió en la Sección I supra. En principio, no hay nada que impida a las partes invocar sus derechos de NMF en los tratados bilaterales de inversión aplicables para complementar el nivel de tratamiento fiscal al que tienen derecho. Ésta es precisamente la razón de porque ciertos tratados (damos el ejemplo del TBI del Reino de los Países Bajos/India) han excluido expresamente los tratados fiscales y acuerdos fiscales del ámbito de aplicación de la garantía NMF. En ausencia expresa de tal exclusión se puede argumentar que un inversor que se beneficia de una garantía NMF puede evolucionar al tratamiento fiscal más favorable, que el estado anfitrión pone a disposición de otros inversores que se benefician de los tratados más favorables de impuestos o acuerdos. Una vez más, en la medida en que esto puede resultar en un tratamiento fiscal más favorable es en relación a un impuesto específico y a un tratado específico y debe ser cuidadosamente evaluado antes de adoptar una posición definitiva.

#### **Conclusión**

La proliferación de las inversiones internacionales que reúnen los requisitos para ser protegidos en virtud de los tratados bilaterales de inversión vigentes sugiere que los conflictos relacionados con los impuestos en virtud de dichos tratados seguirán creciendo. En efecto, dado que algunos tratados excluyen cuestiones fiscales mientras que otros las incluyen, ello amerita a que se considere esta cuestión cuando se estructuren las inversiones, de la misma manera que se tienen en cuenta a los tratados de doble imposición aplicables. Desde la perspectiva del inversor multinacional es razonable estructurar las inversiones de una manera que garantice una combinación de la protección del inversor y la eficiencia fiscal. Está claro que los tratados bilaterales de inversión tienen un papel que desempeñar en este esfuerzo. El alcance exacto de esa función aún está por verse.

(1) El presente artículo ha sido traducido del inglés al español por Federico M. A. Cincotta.

(2) C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6 No. 3, 2005, at 357.

(3) *Mondev International Ltd. contra. Estados Unidos de América*, Laudo, 11 Octubre 2002, 6 ICSID Reporte 192 para 118; ver también *Waste Management Inc. contra Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 30 Abril 2004, paras. 90-91. "judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case".

(4) Ver C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6 No. 3, 2005, at 386.

(5) *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador*, Caso No. UNCITRAL 3467, paras. 185-192.

(6) *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra República Unida de Tanzania*, Caso ICSID No. ARB/05/02 (24 Julio 2008) "The Arbitral Tribunal adheres to the Azurix holding that when the terms "protection" and "security" are qualified by "full", the content of the standard may extend to matters other than physical security. It implies a State's guarantee of stability in a secure environment, both physical, commercial and legal. It would in the Arbitral Tribunal's view be unduly artificial to confine the notion of "full security" only to one aspect of security, particularly in light of the use of this term in a BIT, directed at the protection of commercial and financial investments."

(7) *Azurix contra Argentina*, Caso ICSID No. ARB/01/12, IIC 24 (23 Junio 2006).

(8) *Siemens AG contra Argentina*, Caso ICSID No. ARB/02/8, IIC 227 (6 Febrero 2007).

(9) *Compania de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal contra Argentina*, Caso ICSID No. ARB/97/3 (20 Agosto 2007).

(10) *BG Group PLC contra Argentina*, IIC 321 (December 24, 2007), (UNCITRAL).

(11) El texto original en Inglés lee: Article 21: Taxation<sup>1</sup>. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures.<sup>2</sup> Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:(a) the claimant has first referred to the competent tax authorities of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and (b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation. 3. Subject to paragraph 4, Article 8 [Performance Requirements] (2) through (4) shall apply to all taxation measures.<sup>4</sup> Nothing in this Treaty shall affect the rights and obligations of either Party under any tax convention. In the event of any inconsistency between this Treaty and any such convention, that convention shall prevail to the extent of the inconsistency. In the case of a tax convention between the Parties, the competent authorities under that convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exists between this Treaty and that convention.

(12) Acuerdo celebrado entre República de la India y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección de las Inversiones con fecha 6 de Noviembre de 1995, Artículo 4 (4) "The provisions paragraphs 1 and 2 in respect of the grant of national treatment and most favoured nation treatment shall also not apply in respect of any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation or arrangements consequent to such legislation relating wholly or mainly to taxation".

(13) *Occidental Exploration & Production Company v. República del Ecuador*, UNCITRAL Caso No. 3467, Laudo con fecha 1 Julio 2004.

(14) *Heritage Oil & Gas Ltd. v. República de Uganda*, sin reportar.

(15) *Tullow Uganda Operations Pty Ltd v. República de Uganda*, Caso ICSID No. ARB/12/34.

(16) República de Guinea Ecuatorial v. CMS Energy Corporation et al., Caso ICSID No. CONC (AF)/12/12.

(17) Marvin Feldman contra. Estados Unidos de México, Caso ICSID No. ARB (AF)/99/1, Laudo de fecha 16 Diciembre 2002.

(18) Tza Yap Shum contra República del Perú, Caso ICSID No. ARB/07/6, Laudo de fecha 7 Julio 2011.

(19) Quasar de Valores SICAV SA et al contra Federación de Rusia, Laudo de fecha 20 Julio 2011.

(20) Antoine Goetz contra República de Burundi, Caso ICSID No. ARB/01/2, Laudo de fecha 21 Junio 2012.

(21) Kaiser Bauxite Company contra Jamaica, Caso ICSID No. ARB/74/3, Decision sobre Jurisdicción de fecha 6 Julio 1975.

(22) Alcoa Minerals of Jamaica contra Jamaica, Caso ICSID No. ARB/74/2, Decision sobre Jurisdicción de fecha 6 Julio 1975.

(23) Vodafone contra República de la India, Comunicado de prensa de fecha 17 Abril 2012.

(24) Sergei Paushok et al contra República Popular de Mongolia, Laudo sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 28 de Abril 2011.

(25) Quasar de Valores et al contra La Federación Rusa, Laudo de fecha 20 Julio 2012, para. 48. "...All taxation of course has the effect of a taking of the taxpayer's money; but it is nonsense to say that it is therefore compensable. The tax is the payment of a debt established by law in favour of the public treasury ("the price we pay for civilization", in Holmes's famous expression). But if the ostensible collection of taxes is determined to be part of a set of measures designed to effect a dispossession outside the normative constraints and practices of the taxing powers, those measures are expropriatory..."

(26) Rosinvest UK Ltd contra La Federación Rusa, Laudo de fecha 12 Septiembre 2010 ¶ 620 et seq., posteriormente anulado (en parte) por la Cámara de Apelaciones de Svea, 5 Septiembre 2013.