

PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA: LA HISTORIA POR SER CONTADA EN COLOMBIA*

**Camilo Castrillón Velasco*

Master en Leyes (LLM) del University College London (UCL). Abogado Pontificia Universidad Javeriana, dedicado a temas de inversión extranjera, derecho aduanero, cambiario y comercio exterior. Asociado Godoy & Hoyos Abogados. Profesor posgrado Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Miembro de número del ICDT-ICDA. Bogotá D.C. Colombia.

camilocastrillon@hotmail.com

Cel. 3223102674

Síntesis

Desde finales de los años 90s Colombia inició de forma activa la ratificación de los denominados Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI's) a fin de fortalecer su red de tratados y brindar seguridad jurídica a inversionistas extranjeros interesados en desarrollar proyectos en el país. A nivel internacional los casos decididos por tribunales de arbitramento Inversionista-Estado a la luz de dichos Acuerdos han acarreado consecuencias cada vez más onerosas para los Estados condenados por su violación, a tal punto que muchos están denunciándolos o realizando modificaciones de fondo a sus textos a fin de salvaguardar su capacidad regulatoria. Gran parte estos casos han tenido como fundamento la violación del estándar de "expropiación" a través de la implementación, por parte del Estado receptor de la inversión, de medidas relacionadas con la imposición y cobro de tributos. Lo anterior podría acarrear serias consecuencias para Colombia en caso de no contar con una política tributaria no discriminatoria.

Abstract

Since the late 90s Colombia decided to actively ratify Bilateral Investment Treaties (BIT's) in order to strengthen its treaty network and promote the attraction of Foreign Direct Investment. At the international level arbitral tribunals deciding Investor-State disputes under such Agreements have produced decisions severely affecting the financial stability of host States. As a result, some have decided to denounce such instruments or to implement changes in their wording and scope to safeguard their "right to regulate". Some cases have been brought under the argument of host States producing and enforcing regulatory expropriation measures in some cases related to tax matters. Colombia may face serious consequences in case it decided not to adopt a fair and non-discriminatory tax system.

Palabras clave

Acuerdos de Promoción y Protección Inversiones, Inversión Extranjera, Responsabilidad Estatal, Arbitramento, Tributación.

Keywords

Bilateral Investment Treaties, Foreign Investment, State Responsibility, Arbitration, Taxation.

Tabla de contenido

- I.** Introducción
- II.** Generalidades de los API´s
- III.** Los API´s y la Regulación Tributaria
- IV.** Práctica Arbitral Internacional
- V.** Conclusiones y Reflexiones

I. Introducción

En el mundo actual es indiscutible la necesidad que tienen los países (particularmente en desarrollo) de atraer inversión extranjera a fin de garantizar la diversificación y crecimiento de sus economías. Esta tendencia se encuentra impulsada por la falta de recursos Estatales para fomentar la inversión en determinadas industrias, así como en la imposibilidad de renovar sus actividades productivas. Es allí donde la inversión extranjera suple dichas carencias a través de la introducción de nuevas tecnologías y el desarrollo de actividades industriales y de servicios de valor agregado, por regla general, generadoras de empleo y de flujos de capital que terminan incentivando de forma positiva la economía local y regional.

A fin de garantizar lo anterior, los Estados receptores de inversión otorgan diversas protecciones a los inversionistas extranjeros, generalmente, a través de regulaciones internas, y en las últimas décadas a través de la ratificación de instrumentos internacionales conocidos como “Acuerdos de Protección de Inversiones” (API’s), los cuales constituyen el “estado del arte” en esta materia.

No obstante lo anterior, una reciente tendencia global iniciada por varios países como Australia, Bolivia, Venezuela y Ecuador a la cabeza, y que ha sido calificada como un “redescubrimiento de la doctrina Calvo”,¹ ha propendido por la denuncia de este tipo de Acuerdos (entre estos la Convención de Washington 1966 mediante la cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones-CIADI o ICSID por sus siglas en inglés), así como por su renegociación a fin de salvaguardar el poder regulatorio del Estado en áreas decisivas para el ejercicio del poder soberano tales como la salud, la educación, la seguridad y la tributación, entre otros.

El Estado colombiano de una forma que el autor del presente artículo denomina como “atípica”,² se ha concentrado en la ratificación de este tipo de Acuerdos y en la promoción de los mismos como herramienta de atracción de inversión extranjera. Sin embargo, es probable que no haya dimensionado las restricciones que la ratificación de los mismos podría acarrear en sectores altamente sensibles de la Administración Pública.

El manejo actual de la política pública³ encaminada a la promoción de los API’s si bien tiene como uno de sus fines enviar un mensaje de seguridad a los inversionistas potenciales (sin descartar a los existentes) interesados en ejecutar (o expandir) proyectos de inversión en el país, toda vez que posicionan a Colombia dentro del mercado global de atracción de inversión como un lugar seguro y estable para el desarrollo de negocios, al mismo tiempo acarrear grandes riesgos para el Estado en

¹ Bajo esta doctrina desarrollada por el jurista argentino Carlos Calvo, la protección otorgada a extranjeros debía ser concomitante con aquella otorgada a los nacionales del Estado receptor de la inversión, esto podía implicar que la protección otorgada podía ser inexistente en caso de que el Estado decidiera desproteger a sus propios ciudadanos aduciendo circunstancias que pudiese considerar como legales. Adicionalmente, se consideraba que los extranjeros debían acudir ante las cortes locales a fin de defender sus derechos sin que existiese la posibilidad de alegar el derecho de protección diplomática por parte del Estado de su nacionalidad.

² Este punto ha sido señalado por juristas nacionales expertos en la materia, ver Jose Antonio Rivas, ‘Colombia’ en Chester Brown (ed), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (2013 Oxford University Press) 183

³ Documentos CONPES 3135, 3197 y 3684

caso de que los estándares de protección otorgados en dichos instrumentos sean incumplidos. Argentina, siendo el país que ha sido llevado el mayor número de veces ante tribunales Inversionista-Estado, es un referente cercano del poder devastador que puede tener dichos Acuerdos en caso de su violación, además de las restricciones en materia de desarrollo de políticas públicas y normatividad que pueden experimentar los países que fomentan su desarrollo.

El presente documento tiene como fin introducir al lector en el cada vez más complejo mundo de los API's, los riesgos que los mismos imponen a los países que los aprueban y algunas de las implicaciones que pueden llegar a tener en un país como Colombia. En especial este artículo hará referencia a las consecuencias que estos Acuerdos pueden tener en materia tributaria, esto es, en el desarrollo de nuevas reglamentaciones fiscales, en la modificación de las mismas y en el desarrollo de las actividades Estatales relacionadas con dicha materia.

II. Generalidades de los API's

Los API's constituyen instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral mediante los cuales los Estados se comprometen unos con otros a promover y proteger la inversión extranjera en sus territorios bajo ciertas premisas y respetando determinados estándares de protección. Su desarrollo se ha venido decantando desde el siglo XIX en el cual numerosos Estados (incluido Colombia) firmaban los renombrados "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación" (TACN).⁴

Sin embargo, tras la segunda guerra mundial, los TACN resultaron insuficientes para regular las relaciones entre los nuevos Estados creados tras la finalización de varios procesos de colonización y los denominados "países en desarrollo" (antiguos colonizadores), por naturaleza exportadores de inversión. En este sentido y con la firma del primer API entre Alemania y Pakistán en 1959 se desató uno de los fenómenos más complejos existentes hoy en día en derecho internacional, materializado en el surgimiento del denominado "derecho internacional de la inversión extranjera", y hacemos referencia a su complejidad por cuanto esta disciplina, aunque se levanta sobre los pilares del derecho internacional publico, se alimenta de disciplinas tan disimiles como el derecho económico y los derechos humanos.

El caso Colombiano resulta especial dentro del contexto previamente descrito, toda vez que solamente a inicios de los años 90s con la fallida ratificación de algunos API's con Perú, Cuba, España y el Reino Unido, declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional, fue solo hasta inicios del 2000 que el país inició la negociación y ratificación de dichos Tratados de forma activa. Esta llegada tardía a la puesta en marcha de los API's, si bien constituyó una etapa oscura para el desarrollo del derecho internacional del país, sirvió para que tales instrumentos así como su interpretación se decantaran de tal forma que Colombia pudiera, con una mayor claridad, definir su alcance al momento de realizar su ratificación y consecuente incorporación a la legislación interna.

⁴ Durante el siglo XIX e inicios del XX Colombia firmó varios Tratados de Amistad, Comercio y Navegación con países vecinos como Ecuador (1905), Brasil (1908) y Argentina (1940), pero al mismo tiempo con Economías desarrolladas como Francia (1892), Alemania (1892), el Reino Unido (1866), Suiza (1908) y los Países Bajos (1829). Ver Rivas n (2)

Los API's se pueden negociar de dos formas, ambas adoptadas por Colombia, ya sea a través de instrumentos independientes denominados Tratados o Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones - APPRI's (también conocidos como BIT's por sus siglas en inglés) o como capítulos (denominados de "inversión") en Tratados de Libre Comercio (TLC's). En la actualidad Colombia cuenta con 13 API's vigentes y 6 suscritos.⁵

Si bien este artículo no pretende explicar en detalle los aspectos técnicos de estos Acuerdos, vale la pena mencionar que los mismos establecen determinados "estándares de protección" o garantías en beneficio de las inversiones cubiertas, en especial se destacan el "Trato Nacional", el "Trato de Nación Más Favorecida", la "Expropiación" (directa e indirecta) y el "Trato Justo y Equitativo". Dichos estándares si bien cuentan (con excepciones) con definiciones en los textos de los Tratados, son interpretados a la luz de éstos y del derecho internacional público, lo cual ha llevado a que los tribunales encargados de su análisis hayan establecido en la actualidad definiciones amplias, variadas y hasta contradictorias⁶ sobre su alcance lo cual ha generado la inexistencia de una interpretación pacífica sobre algunos de dichos estándares.

Finalmente, y siendo tal vez las características más relevantes de estos Acuerdos, debemos mencionar que permiten a los inversionistas (de acuerdo con la definición en el API respectivo) llevar de forma directa a un Estado frente a un tribunal de arbitramento internacional, lo cual resulta novedoso teniendo en cuenta que las diferencias a nivel internacional se surtían tradicionalmente entre Estados⁷, y en segundo lugar por cuanto estos Acuerdos consagran (por lo menos aquellos en que el foro resulta ser el CIADI⁸), la ejecución directa del laudo arbitral, sin necesidad de agotar procedimientos internos para su ejecución.

III. Los API's y la regulación tributaria

Es posible que un lector con experiencia en materia de inversión extranjera vea con extrañez el título que ocupa el presente aparte, en especial uno con conocimiento de los textos negociados por Colombia en los BIT's ratificados a la fecha, en particular por dos razones, la primera por cuanto en la actualidad existen instrumentos internacionales que de forma especial regulan asuntos fiscales o, en términos técnicos, las competencias tributarias que pueden ejercer dos o más Estados sobre determinados tributos, estos son los denominados Tratados o Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI's), por lo cual un API no podría llegar a suplir materias reguladas en éstos. En este sentido, el

⁵ Información pública disponible del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6420> (página consultada el 25.01.2016)

⁶ Vale la pena resaltar algunos casos como CMS v Argentina cuya decisión sobre mismos hechos y API's similares llevo a decisiones divergentes en tribunales como LG&E v Argentina o Enron v Argentina, por mencionar algunos. Así mismo la célebre saga "lauder" con fallos contradictorios decididos sobre un mismo BIT.

⁷ Así mismo la protección a inversionistas se manejaba (aunque hoy en día subsiste dicho mecanismo) tradicionalmente de forma excepcional y discrecional a través del Estado en representación de su nacional bajo el mecanismo de la protección diplomática.

⁸ No así los laudos emitidos bajo tribunales regidos bajo las reglas de la CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés, aunque la práctica ha demostrado que los Estados que dan aplicación a los mismos surten trámites expeditos sin obstaculizar su ejecución.

modelo de negociación actual de API's utilizado por Colombia establece que ante disconformidad entre ambos instrumentos primará el CDI dada su especialidad.

En segundo lugar, por cuanto es de conocimiento general que Colombia ha eliminado de su modelo de negociación de API's los asuntos tributarios. En relación con este último punto debemos advertir que es una conclusión verdadera pero solo parcialmente, toda vez que como lo veremos más adelante, en la práctica internacional desarrollada en materia de controversias Inversionista-Estado, no ha sido pacífico el poder diferenciar una conducta legítima del Estado en ejercicio de su poder soberano en materia tributaria de una medida expropiatoria protegida por un API.

Antes de realizar dicho análisis es necesario referirnos brevemente al estándar de protección que ha liderado el mayor número de batallas jurídicas en contra de Estados receptores de inversión por la imposición o adopción de medidas relacionadas con impuestos que han derivado en la violación de API's, este es el concepto de "expropiación". Dicho término, a manera de síntesis no ha tenido una única definición a nivel arbitral, lo que plantea en la actualidad una disyuntiva sobre su verdadero alcance, lo cual repercute a su turno en el mayor o menor nivel de responsabilidad que pudiese llegar a endilgarse a un Estado por efecto de su trasgresión.

Ahora bien, no nos referimos en este punto al concepto de "expropiación directa" el cual no resulta problemático, ya que por regla general dicha modalidad de expropiación se encuentra representada en un acto formal emanado del Estado receptor de la inversión mediante el cual el derecho de propiedad de un inversionista es eliminado en beneficio de aquel. Por el contrario, el término que merece nuestra atención es el de "expropiación indirecta", que está constituido por el conjunto de medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión cuyo efecto equivale al de una expropiación directa sin que exista como tal una transferencia del derecho de dominio a favor del Estado.

Una primera línea de entendimiento de una medida expropiatoria (indirecta) se encuentra en el renombrado caso *Metalclad v. México* en el cual una compañía norteamericana dedicada al manejo de desechos, al no obtener un permiso de construcción fue privada de llevar a cabo su proyecto de inversión en territorio mexicano, frustrando así su inversión y en consecuencia violando el API entre este país y los Estados Unidos (Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés). En este caso el tribunal estableció:

*"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 en 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".⁹*

Como se puede apreciar ésta determinación de la existencia de una expropiación se enfoca en el "efecto" de la medida o medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión, la(s) cual(es) generan la pérdida real de la propiedad de un inversionista. En

⁹ *Metalclad Corp v. Mexico*, ICSID caso No. ARB/97/1, Laudo, 30 de Agosto de 2000

otras palabras, bajo esta doctrina¹⁰ lo que realmente determina la expropiación es el efecto de la medida independientemente de la motivación que haya tenido el Estado para adoptarla. Otro caso relevante que adopta esta postura es el del *Deutsche Bank v. Sri Lanka*.¹¹

Por otra parte se encuentran casos como el de *Methanex v. Estados Unidos*, también en el marco del NAFTA en el cual la compañía canadiense Methanex alegó que una prohibición para comercializar al interior del estado Norteamericano de California, determinadas sustancias químicas, dentro de las cuales se encontraba uno de sus productos insignia, constituía de suyo una expropiación de su inversión. En este caso a diferencia del de *Metalclad* el tribunal de arbitramento estableció:

*“Methanex está en lo correcto al establecer que una regulación intencionalmente discriminatoria contra un inversionista es la clave para determinar la ocurrencia de una expropiación. Pero al tratarse de un asunto de derecho internacional, una regulación no discriminatoria adoptada con una finalidad pública, que es adoptada en seguimiento del debido proceso, que por su contenido afecta un inversionista no resulta de suyo expropiatoria a menos que el Estado hubiese realizado un compromiso específico sobre la materia objeto de regulación, en cuyo caso el Estado se abstendría de dar cumplimiento a la misma.”*¹²

El aparte señalado en el caso de Methanex dio nacimiento a la doctrina del “criterio de legalidad”¹³ en la expropiación, que a diferencia de la doctrina que se basa en el “efecto” de las medidas adoptadas por el Estado receptor, se enfoca en que la misma haya cumplido con los requisitos propios de una medida Estatal no discriminatoria a fin de dotarla de legitimidad. En otras palabras, si la regulación respectiva fue adoptada en beneficio público y siguiéndose el procedimiento establecido para su expedición, su efecto nocivo, y hasta expropiatorio, sobre inversiones locales y extranjeras será irrelevante (no castigado) para el Estado que emite la misma.

A la luz de lo anterior, y siendo estas las posiciones que actualmente adoptan los tribunales de arbitramento que deciden disputas Inversionista-Estado, es necesario concluir que no existe una línea clara sobre qué criterio determina o no una expropiación indirecta, lo que significa un riesgo alto para Estados signatarios de API's, entre ellos Colombia, toda vez que el campo de violación de dicho estándar sería tan amplio como su falta de definición. Particularmente, esto puede generar riesgos para Estados receptores de inversión en desarrollo de cambios normativos en materia fiscal y/o en desarrollo de atribuciones fiscales sin lineamientos generales claros y estandarizados en sus diferentes niveles de la Administración. Punto sobre el que ahondaremos más adelante.

Teniendo claridad sobre lo anterior, debemos revisar el clausulado de los dos Tratados más relevantes con que cuenta Colombia a fin de revisar el alcance de estos en relación con asuntos tributarios que puedan involucrar la responsabilidad del Estado colombiano

¹⁰ A nivel académico reconocida como la “sole effect doctrine”

¹¹ *Deutsche Bank AG v Sri Lanka, ICSID Caso No. ARB/09/2, Laudo*, 31 de Octubre 2012

¹² *Methanex Corporation v US, caso UNCITRAL, Laudo*, 3 de Agosto 2005

¹³ A nivel académico reconocida como la “lawfulness criteria doctrine”

en relación con los compromisos internacionales adquiridos por este a través de la ratificación de API's.

El TLC con Estados Unidos¹⁴, y casi en los mismos términos el TLC con Canadá¹⁵, establece en su clausulado (valga la pena anotar caracterizado por su falta de claridad), que:

“salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Acuerdo se aplicará a medidas tributarias”.¹⁶

No obstante lo anterior, el mismo Artículo 22.3 en su numeral 6 establece que:

*“El artículo 10.7 (expropiación e indemnización) y el artículo 10.16 (sometimiento de una reclamación a arbitraje) **se aplicarán a una medida tributaria supuestamente de expropiación** o de una violación de un convenio de inversión o una autorización de inversión”*.

Ahora bien, el TLC con EEUU e igualmente el TLC con Canadá, establecieron un procedimiento que se debe surtir antes de que un inversionista extranjero, cubierto por el API, pueda presentar una reclamación arbitral. Al respecto el referido numeral 6 del Art. 22.3 señala:

*“Un inversionista que pretenda invocar el Artículo 10.7 (expropiación e indemnización) con respecto a una medida tributaria, **deberá primero someter el asunto a las autoridades competentes de la parte demandante y demandada** señaladas en el Anexo 22.3 al momento de entregar la notificación de su intención de someter una reclamación de arbitraje conforme al Artículo 10.16 (sometimiento de una reclamación a arbitraje), para que dicha autoridad determine si la medida tributaria constituye una expropiación. **Si las autoridades competentes no acuerdan examinar el asunto o si, habiendo acordado examinarlo no acordaren que la medida no constituye una expropiación, dentro de un plazo de seis meses después de que se les haya sometido el asunto, el inversionista podrá someter su reclamación a arbitraje (...)**”*.

El párrafo antes transcrito resulta de gran importancia para efectos de este artículo por varias razones:

La primera de ellas por cuando abre de forma expresa la posibilidad de que Colombia pueda ser llevada ante un tribunal de arbitramento internacional Inversionista-Estado por efecto de la expedición de una medida tributaria que resulte, en criterio del inversionista demandante, en la expropiación (directa o indirecta) de su inversión en el país.

En segundo lugar, porque a pesar de lo anterior, el ámbito de aplicación de dicha provisión resultaría limitado por dos razones, a saber:

¹⁴ Capítulo veintidós, Artículo 22.3

¹⁵ Capítulo veintidós Artículo 2204

¹⁶ TLC Colombia-USA, Chapter Twenty-two, Article 22.3

La primera por cuanto la decisión de existencia o no de la medida expropiatoria recaería en cabeza de las entidades tributarias del Estado receptor y del Estado de proveniencia de la inversión. Mecanismo novedoso y que en últimas reduciría el campo de acción del inversionista, el cual, en ningún caso sería (por lo menos no se deduce de la redacción de la cláusula transcrita) representado por su Estado, de ahí que la posibilidad de iniciar una reclamación arbitral recaería (en caso de que ambos determinen que la medida no constituye una expropiación) en cabeza de los Estados parte del API.

La segunda por cuanto el subpárrafo (b) del párrafo 4 del mismo Artículo 22.3 establece que los estándares de TN y NMF se aplicarán a todas las medidas tributarias “**salvo aquellas sobre la renta, ganancias de capital, o sobre capital variable de las compañías, impuestos sobre el patrimonio, sucesiones, donaciones y las transferencias con salto de generaciones.**” Lo cual lleva a concluir que las violaciones a los estándares mencionados (no así del estándar de expropiación) podrían derivar de medidas tributarias adoptadas sobre cualquier tributo diferente a los previamente mencionados, reduciendo el impacto de la atribución otorgada al inversionista extranjero.

A manera de conclusión es posible afirmar que si bien Colombia abrió la posibilidad de responder internacionalmente en caso de violar algunos estándares de protección en relación con medidas tributarias, tal responsabilidad no es absoluta y se encuentra matizada mediante un procedimiento de acercamiento entre los Estados partes del Tratado, lo que podría, ante una eventual violación del mismo, servir como etapa preparatoria para un procedimiento arbitral Inversionista -Estado, terreno jurídico inexplorado hasta la fecha por Colombia.

Con esto claro, a continuación pasaremos a analizar algunos casos recientes en los cuales se han alegado violaciones a API's por efecto de la imposición o ejecución de medidas tributarias. Esto nos ayudará a dimensionar los riesgos en que pudiera o no estar Colombia frente a inversionistas cubiertas por este tipo de Acuerdos.

IV. Práctica Arbitral Internacional

En relación con asuntos tributarios que han derivado en Estados defendiendo sus intereses ante tribunales de arbitramento internacionales, varios países suramericanos, en especial Ecuador y Perú se encuentran librado batallas jurídicas que nos dejan a la fecha con valiosas enseñanzas a ser tenidas en cuenta por Colombia a fin de evitar reclamaciones de este tipo o en caso de afrontarlas poder anticipar las posibilidades reales de éxito.

En primer lugar, vale la pena hacer referencia al caso, aún en discusión, *Burlington v. Ecuador*¹⁷ a la luz del API de éste país con Estados Unidos, ratificado en 1997. El contexto de la disputa se da inicios del año 2002 cuando el precio del petróleo empezó a subir y los “contratos de participación” en la explotación de bloques petroleros en dicho país no eran claros en determinar la repartición de ganancias extraordinarias en caso de llegarse a generar. Ecuador determinó que debido al “imprevisto e imprevisible” aumento en el precio del petróleo, “se había desestabilizado la ecuación económica (economía en términos del tribunal) en los contratos de participación suscritos a la

¹⁷ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID caso No. ARB/08/05, Decision de Responsabilidad, 14 de Diciembre 2012

fecha, incluido el de Burlington, toda vez que el contratista estaría recibiendo más recursos que el mismo Estado”, razón por la cual promulgó la Ley 42 en el año 2006, mediante la cual se aumentaba la participación del Estado Ecuatoriano en el 50% de los ingresos extraordinarios generados por la diferencia en el precio del crudo.

En 2007 con la subida del presidente Rafael Correa a la presidencia de Ecuador, el nuevo gobierno emitió el Decreto 662 mediante el cual se incrementaba del 50% al 99% la participación del Estado en las ganancias extraordinarias generadas en la explotación petrolera en el marco de contratos de participación. Burlington pagó durante todos esos años, bajo protesta, dichos recursos (o impuestos en criterio del tribunal de arbitramento) al Estado Ecuatoriano.

Ante una incumplida promesa por parte de Ecuador para renegociar el contrato de participación, Burlington decidió en 2008 suspender el pago del impuesto creado por la Ley 42 lo que llevó a Ecuador a instaurar una serie de “medidas coactivas” cuyo efecto último fue confiscar el crudo producido desde dicha fecha y realizar su venta mediante subastas a las cuales únicamente asistió la compañía de petróleos de Ecuador (Petroecuador), quien terminó adquiriendo el mismo por menos del 50% de su valor comercial. Con posterioridad, en septiembre del año 2009, Ecuador a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, decidió decretar la “caducidad” del contrato con Burlington.

Dentro del procedimiento arbitral, Burlington argumentó que Ecuador “había expropiado de forma ilegítima su inversión a través de la expedición de la Ley 42, la aplicación de las medidas coactivas y la ocupación física de los bloques objeto del contrato tras la declaratoria de caducidad del contrato de participación”. De particular importancia resultan los argumentos en contra del impuesto creado a través de la Ley 42, ya que para el inversionista el efecto de dicha ley fue “equivalente al de una expropiación” por cuanto transfirió la totalidad de los ingresos de la compañía al Estado privándolo de las ganancias que le correspondían en virtud del contrato de participación. Por su parte, Ecuador argumentó que bajo el derecho internacional un impuesto solo resultaba expropiatorio si: “i) el Estado actúa con la intención de expropiar y ii) el impuesto es discriminatorio”.

En la “Decisión sobre Responsabilidad” (aún no existe laudo final) emitida por el tribunal arbitral, se determinó que Ecuador había expropiado la inversión de Burlington por efecto de la ocupación de los campos objeto del contrato sin el pago de una indemnización “pronta, adecuada y efectiva”,¹⁸ **pero no** con base en la expedición de la Ley 42, por cuanto del texto del contrato de participación era posible interpretar “que la carga tributaria aplicable a estos podía ser variada a fin de equilibrar su ecuación económica.”

Este caso resulta relevante por varias razones, la primera por cuanto trata de forma directa el asunto de la “tributación expropiatoria”, destacándose que si bien es reconocida la potestad soberana de los Estados para imponer cargas tributarias, existen límites para el Estado que surgen del “derecho internacional consuetudinario”. Así, en la

¹⁸ Valga la pena anotar que esta decisión resulta contradictoria con la tomada por el tribunal de arbitramento en el caso *Perenco v. Ecuador* (también pendiente de decisión), caso sobre hechos similares a los de Burlington, donde la expropiación fue determinada con base en el decreto de caducidad de los contratos de participación por parte de Ecuador.

medida en que el API bajo cuestión guardaba silencio sobre la calificación de un impuesto como expropiatorio, se debía acudir a los límites impuestos por el derecho internacional consuetudinario para su determinación, a saber: que el impuesto fuese “discriminatorio o confiscatorio”.

En segundo lugar, el tribunal determinó que a fin de establecer el carácter expropiatorio del impuesto se debía revisar tanto el “efecto” del impuesto como la “privación sustancial de la inversión como un todo”.¹⁹ El uso de ambos criterios resulta novedoso por cuanto algunos tribunales anteriores realizaban el análisis de cargos similares bajo la aplicación de uno u otro criterio. Sin embargo, en este caso se exige el paso de una doble barrera a fin de calificar la medida (impuesto) cuestionada como expropiatoria, esto es, que su “efecto” derive en la expropiación de la propiedad pero además que se cumpla con cierto grado de perjuicio, esto es, que el mismo sea sustancial frente a la conducta del inversionista extranjero.

Como lo señalamos previamente, el caso aún se encuentra pendiente de discusión y se desconoce el valor oficial de las pretensiones, sin embargo, de forma extraoficial se estima que las pretensiones de Burlington superan los USD 200 millones.

Un segundo caso que vale la pena analizar es *Tza yap Shum v. Perú*²⁰, también decidido por el CIADI bajo el API entre Perú y China de 1994. El caso tiene origen en la imposición de unas medidas cautelares por parte de la autoridad tributaria peruana (SUNAT) a la compañía peruana “TSG Perú S.A.C” en la cual el nacional chino Tza yap shum era accionista. Las medidas cautelares tenían como fin hacer efectivo el cobro de unas obligaciones tributarias debidas por la compañía local al fisco peruano. En particular, el SUNAT tras una auditoría a la compañía determinó que ésta había omitido ingresos por ventas y como acción preventiva ordenó a todos los bancos del sistema financiero peruano retener fondos, acciones y otros valores que pudiera tener TSG, así como su entrega al banco de la nación.

Como consecuencia de la medida referida, que equivalió a un embargo general de activos, TSG no pudo seguir cumpliendo con los pagos de sus compromisos financieros, además de quedar imposibilitada para continuar con el desarrollo de su actividad productiva. Todo esto llevó a que la compañía tuviese que entrar en un “proceso concursal”²¹ afectando sus relaciones comerciales y el normal desarrollo de su actividad en el Perú. Lo anterior a criterio de TSG constituyó una expropiación indirecta por parte del Estado peruano ya que la medida adoptada por la SUNAT resultó “arbitraria, injustificada e irracional”, puntos cada uno de estos que fueron analizados y confirmados por el tribunal arbitral de cara a las acciones adelantadas por los funcionarios de la SUNAT en desarrollo del proceso de auditoría mencionado.

De forma general los argumentos de TSG fueron acogidos por el tribunal de arbitramento que consideró que “las explicaciones dadas por la SUNAT respecto a la justificación fáctica y legal por las que se impusieron las medidas fueron insuficientes”. En particular por haber determinado la sanción a imponer sobre una base presunta cuando existía información suficiente dentro del proceso adelantado para poder

¹⁹ Acá el tribunal soporta su interpretación en casos como el del *Occidental v Ecuador y Archer Daniels v México*

²⁰ Senor Tza Yap Shum v Republic of Peru, ICSID caso No ARB/07/06, Laudo 7 de Julio 2011

²¹ A través de este procedimiento se busca realizar una renegociación de las deudas que se tienen con los acreedores respectivos, en este caso con el fisco peruano.

establecer una base real a fin de obtener el cálculo de los tributos supuestamente adeudados.

Con base en lo anterior, y siguiendo la interpretación del tribunal de arbitramento en *Burlington v. Ecuador*, de acuerdo con la cual una expropiación indirecta se justifica en la “privación total o sustancial de la inversión”, el tribunal determinó que el Estado peruano había violado el API con China. En especial se estableció la expropiación indirecta de la inversión de TSG con la expedición de la medida cautelar ordenada por la SUNAT, la cual dado su “impacto y duración” causó un perjuicio irremediable al inversionista extranjero.

Si bien la condena en este caso fue algo superior al millón de dólares, reconfirma lo sensible que pueden llegar a ser los errores de las administraciones tributarias en procedimientos que pueden ser catalogados como rutinarios.

Finalmente, quiero hacer referencia al recientemente decidido caso *Yukos v Rusia*²², el cual constituye a la fecha la condena más alta impuesta por un tribunal de arbitramento Inversionista-Estado, equivalente a 50 billones de dólares americanos. Además del gran efecto mediático que ha tenido este caso en Europa debido a la condena sin precedentes impuesta a Rusia, así como las acusaciones de corrupción y hasta espionaje presentadas por dicho gobierno en contra de funcionarios del inversionista, el caso llama la atención por cuanto uno de los ejes centrales de las reclamaciones por parte de Yukos correspondieron a asuntos tributarios.

Yukos era una compañía constituida en el año de 1993 que cotizaba en bolsa y fue privatizada en el año de 1995, para dicha época constituía la compañía más importante (e incluso la que mayores ingresos tributarios generaba) en Rusia con negocios en el sector del petróleo y gas. Sin embargo, en consideración del inversionista, tras la aplicación de determinadas “medidas tributarias” por parte de Rusia, se llevó a que la compañía se declarase en quiebra, lo que permitió que la mayoría de sus activos fueran nacionalizados o adquiridos por otras compañías en las que el Estado era accionista.

En particular, el primer punto bajo discusión radicó en determinar si el API bajo el cual se alegaba la protección (Energy Charter Treaty) al establecer cobertura frente a “impuestos expropiatorios” (expropriatory taxes), podía llegar a ser aplicado en caso de que el daño causado al inversionista estuviera constituido por “medidas tributarias” (taxation measures) y no específicamente por “impuestos expropiatorios”. En criterio del tribunal de arbitramento el término “impuestos expropiatorios” no debía ser interpretado de forma literal por lo cual debía cubrir las “medidas” aplicadas por Rusia en contra de Yukos, las cuales en últimas constituyeron un disfraz bajo el concepto de “impuestos” cuando realmente constituyeron una medida expropiatoria.

Si bien Yukos utilizó una estructura tributaria, en criterio del tribunal “agresiva”, lo que justificó las medidas de fiscalización llevadas a cabo por el servicio tributario ruso, la severidad de las medidas impuestas por Rusia (embargos, multas, ventas forzadas y reajustes tributarios) no fue proporcional al daño causado al erario público lo que conllevó a que estas tuviesen un carácter expropiatorio.

²² Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, PCA Caso No. AA 227, Laudo, 18 de Julio 2014

Este caso al igual que *Tza yap Shum v. Perú* ratifica la importancia en la “proporcionalidad” que deben tener las administraciones tributarias en procesos de fiscalización tributaria en contra de inversionistas cubiertos por API’s, so pena de llevar de forma indirecta a la expropiación (entiéndase sin compensación) de inversiones cubiertas bajo estos.

V. Conclusiones y reflexiones

Como se puede observar, las violaciones alegadas en los casos previamente analizados están construidas sobre medidas que la DIAN o las administraciones tributarias locales adoptan en su día a día tales como fiscalizaciones, imposición de medidas cautelares y de multas, entre otras, de ahí que su aplicación proporcional, no discriminatoria ni confiscatoria, constituyan una protección ante las potenciales violaciones que puedan ser endilgadas por inversionistas extranjeros en contra del Estado Colombiano en el marco de los API’s vigentes.

Lo anterior pone de presente que a pesar de su desconocimiento, los API’s hacen parte, en la actualidad, del haber jurídico nacional, de ahí que su adecuado conocimiento, divulgación y atención constituyan parte fundamental del rol que juegan y jugarán en el presente y futuro del derecho internacional de inversiones colombiano. Si bien a la fecha el país no ha tenido que afrontar tribunales de arbitramento Inversionista-Estado, la apertura de esta posibilidad es suficiente para que se empiece a tomar nota de las experiencias internacionales (como se pudo observar no muy lejanas) a fin de evitar potenciales reclamaciones o en caso de tenerlas, defender los intereses del Estado de forma adecuada.

En este mismo sentido, es posible aseverar que ratificación de API’s constituye una restricción a la libertad regulatoria del Estado, lo anterior por cuanto las violaciones de los estándares de protección protegidos a través de estos, al no encontrarse listadas, dependerán en cada caso de las violaciones alegadas por cada inversionista cubierto, de ahí que sea necesario, a través de una negociación cuidadosa, definir los textos de estos Acuerdos a fin de evitar la exposición del Estado a potenciales reclamaciones en sectores estratégicos y/o de interés público. Casos recientes en contra de Uruguay y Australia por la imposición de medidas contra la comercialización de tabaco, así como contra Alemania por la limitación en el desarrollo de plantas generadoras de energía, han puesto de manifiesto la intromisión que los API’s pueden tener en el normal desarrollo e implementación de políticas de Estado.

Finalmente, la práctica internacional relacionada con las consecuencias que a nivel internacional que puede acarrear la imposición de tributos nacionales e incluso locales de forma discriminatoria y/o confiscatoria cobra cada vez más relevancia de cara a las obligaciones internacionales de Colombia, valga la pena señalar la reciente reclamación radicada (13 de enero de 2016) por parte de la Unión Europea (UE) en contra de Colombia, por medio de la cual la UE solicita la celebración de consultas con el país a fin de discutir la legalidad, a la luz del GATT de 1994, de determinadas medidas tributarias que se aplican en la actualidad a la importación de bebidas alcohólicas. Si bien este caso se desarrolla entre Estados y al interior de la OMC (esto es en un terreno jurídico ajeno a las controversias Inversionista-Estado), nos recuerda que no somos una rueda suelta a nivel internacional, y que en la medida en que el país se adentre más en

un mundo globalizado, sus políticas (incluyendo las tributaras) deberán tener en cuenta los límites y restricciones no solo nacionales sino internacionales.