



Este documento hace parte de una serie que explora cómo usar y aplicar los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal. Desarrollan una serie de implicancias prácticas para la política fiscal en diferentes niveles y áreas.

Juan Pablo Bohoslavsky

SERIE: "IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS EN LA POLÍTICA FISCAL"

DOCUMENTO 7 | Arbitrajes por disputas sobre inversiones extranjeras

Aspectos institucionales y legales a considerar

Las personas que integran los paneles de arbitraje de inversión deben ampliar su concepción de "derecho vigente", incluyendo los derechos humanos de la población del Estado que aloja las inversiones y el correlativo espacio y capacidad regulatoria de los Estados. Los Estados pueden emitir interpretaciones conjuntas de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) para acotar los márgenes de apreciación de los/as árbitros/as. Adicionalmente, y para acotar el margen de discreción de la/os árbitros, la letra de los TBIs debería modificarse a fin de que garanticen un espacio regulatorio estatal esencial para asegurar la protección de los derechos de la población.

Casi todos los países de la región forman parte de una profusa red de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que protegen de manera diferenciada (muchas veces desproporcionada) a la/os inversora/es extranjeras mediante estándares substantivos específicos y la posibilidad de resolver las disputas con los Estados que alojan esas inversiones en arbitrajes internacionales de inversión, siendo el sistema más conocido el del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones (CIADI), que forma parte del grupo del Banco Mundial.

Los cambios en la regulación económica (incluida la política fiscal) pueden afectar las inversiones extranjeras y activar la protección de los TBIs. Modificaciones en el régimen tributario o en las alícuotas de regalías en sectores extractivos, o la reasignación de beneficios fiscales o financieros, pueden ser percibidas por la/os inversora/es extranjeros como decisiones estatales que lesionan la garantía de estabilidad que suelen consagrar los TBIs.

De hecho, medidas de emergencia dictadas en pandemia, como la exigencia a fabricantes de producir ventiladores

(como sucedió con la General Motors en Estados Unidos), la imposición de precios máximos a productos de higiene y medicinales (drogas y kits de testeos), la coordinación obligatoria de clínicas privadas para asegurar una política de salud pública unificada, la prohibición de corte de suministro gas, electricidad y agua (para asegurar el lavado de manos) por falta de pago, la imposibilidad del cobro de peajes en las rutas para minimizar los contagios, el congelamiento o reducción del alquiler para aquellos/as inquilino/as que no puedan pagarlo, la suspensión de ejecuciones hipotecarias y otras protecciones de lo/as deudore/as individuales, la implementación de control de capitales para minimizar la fuga de capitales y reformas fiscales que avancen hacia esquemas tributarios más progresivos, fueron rápidamente identificadas por parte de los bufetes de abogada/os corporativa/os como posibles casos de responsabilidad del Estado por afectación de las inversiones⁰¹. Como puede verse, algunas de esas medidas han implicado cambios en las asignaciones presupuestarias y regímenes tributarios.

¿Cómo se debe resolver el conflicto normativo entre, por un lado, la obligación de proteger las expectativas de la/os in-

01| Corporate Europe Observatory, "Cashing in on the pandemic: how lawyers are preparing to sue states over COVID-19 response measures", 18 de mayo de 2020, disponible en <https://corporateeurope.org/en/2020/05/cashing-pandemic-how-lawyers-are-preparing-sue-states-over-covid-19-response-measures>

versora/es y, por el otro, la obligación de garantizar los derechos humanos de la población, incluyendo la necesidad de disponer de recursos fiscales suficientes para asegurar una política sanitaria eficaz y un nivel de vida adecuado para todos? Desde una perspectiva del derecho internacional, y de acuerdo a las pautas elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU⁰², existe una necesidad de armonización a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la juridicidad y, consecuentemente, a la coherencia. Ningún TBI prescinde expresamente de la aplicación de convenciones de derechos humanos. De hecho, el artículo 42 de la Convención del CIADI, el 31.3.c de la Convención de Viena y las cláusulas abiertas de los TBIs que se refieren a la aplicación del derecho internacional ofrecen las ventanas formales para que el derecho de las inversiones sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos⁰³.

Los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal (PDHPF), como documento de sistematización y cristalización de los estándares aplicables en el campo de la política fiscal, deberían ser utilizados como guía interpretativa complementaria a los estándares específicos de protección de las inversiones extranjeras por parte de la/os árbitros que tuvieran que decidir en casos de disputas en las que se desafíe la legalidad internacional de medidas estatales que implican cambios fiscales con afectación de inversora/es ¿Puede, por

ejemplo, el aumento de los impuestos a la riqueza y a las ganancias, ser percibido como una violación de los TBIs en el actual contexto? ¿Constituye la violación de los TBIs la creación o aumento de un impuesto para desincentivar de manera directa la contaminación ambiental? ¿Qué requisitos deberían cumplir los Estados para que esos cambios fiscales sean considerados aceptables desde una perspectiva del derecho internacional? El esfuerzo genuino de los Estados por cumplir con los estándares plasmados en los PDHPF debería ser considerado, en principio, y de manera armoniosa con los demás estándares pertinentes en el arbitraje, un obstáculo para que prosperen esas demandas; caso contrario, la "justicia" que se gana con la redistribución mediante reformas tributarias progresivas se pierde luego cuando hay que pagar laudos arbitrales multimillonarios, para lo cual, en no pocas ocasiones, los Estados necesitan endeudarse en moneda extranjera.

Esto no significa que en los arbitrajes no se deba verificar si las acciones estatales bajo estudio han cumplido con estándares substantivos y procedimentales específicos del campo del derecho de las inversiones extranjeras, sino que ese ejercicio interpretativo se debe compatibilizar con las obligaciones estatales en los campos de la política fiscal y los derechos humanos, lo que puede derivar en considerar que la acción estatal fue legítima y de buena fe, y/o en la determinación del quantum de la compensación sensible a sus efectos sobre los derechos humanos de la población.

02| Comisión de Derecho Internacional, "Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional", UN Doc. A/CN.4/L.702, 2006.

03| Ver más ampliamente en Juan Pablo Bohoslavsky, "Covid-19, responsabilidad del Estado y arbitrajes de inversión", *Revista del Cuerpo de Abogados del Estado*, 2020, No. 4, Buenos Aires, pp. 690-699.

www.derechospoliticafiscal.org

