

# **MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ACUERDOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

## TIRANT TRIBUTARIO

*Directores:*

**JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada*

**JOSÉ MANUEL PÉREZ LARA**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada*

*Consejo científico:*

**ANTONIA AGULLÓ AGÜERO**

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat Pompeu Fabra*

**IGNACIO CORRAL GUADAÑO**

*Director de la Escuela de Hacienda Pública*

**RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**AMPARO NAVARRO FAURE**

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# **MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ACUERDOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

**BEGOÑA PÉREZ BERNABEU**

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

La presente obra ha sido sometida a la revisión de pares ciegos según el protocolo de publicación de la editorial a efectos de ofrecer el rigor y calidad correspondiente tanto en su contenido como en su forma, aplicándose los criterios específicos aprobados por la Comisión Nacional E 016 (BOE num. 286, de 26 de noviembre de 2016).

© Begoña Pérez Bernabeu

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: <https://editorial.tirant.com>  
DEPÓSITO LEGAL: V-  
ISBN: 978-84-1197-578-0  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

*A Lola, porque la mejor parte de mí eres tú.*



# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>13</b>
<b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>19</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>21</b>
<b>Capítulo I. LOS APPRIS Y EL DERECHO TRIBUTARIO .....</b>	<b>29</b>
1. Los APPRIS. Conceptualización general .....	29
2. Las medidas fiscales en los APPRIS .....	35
3. Relación entre los APPRIS y los Convenios para evitar la doble imposición	41
3.1. Consideraciones previas.....	41
3.2. Solapamiento en cuestiones sustantivas.....	41
3.3. Solapamiento en mecanismos de resolución de controversias .....	42
3.4. Remedios jurídicos para evitar el solapamiento entre APPRIS, recursos nacionales y CDIs.....	54
4. El alcance sustantivo de los APPRIS y la exclusión de las cuestiones fiscales	58
4.1. La exclusión de los asuntos fiscales del ámbito objetivo de aplicación de los APPRIS: las exclusiones o <i>carve outs</i> .....	58
4.2. Clasificación de las exclusiones.....	66
4.2.1. Las exclusiones totales y parciales .....	66
4.2.2. La exclusión REIO a la cláusula de Nación Más Favorecida..	69
4.2.3. Situaciones que privan de efectividad a las excepciones en ma- teria tributaria .....	76
4.2.3.1. El amplio margen de interpretación de los tribuna- les arbitrales .....	76
4.2.3.2. La existencia de cláusulas de estabilización.....	79

<b>Capítulo II. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS SUSTANTIVAS CONTENIDAS EN LOS APPRIS CON INCIDENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA.....</b>	<b>85</b>
1. Cláusula de Trato Justo y Equitativo .....	85
1.1. Contenido de la cláusula de Trato Justo y Equitativo e incidencia sobre las cuestiones tributarias.....	85
1.2. Las medidas tributarias retroactivas a la luz de la cláusula de Trato Justo y Equitativo.....	104
1.3. Las ayudas de Estado a la luz de la cláusula de Trato Justo y Equitativo: el caso de los <i>tax ruling</i> .....	107
1.4. La cláusula de Trato Justo y Equitativo y los gravámenes sobre beneficios extraordinarios o <i>windfall taxes</i> .....	111
1.5. La cláusula de Trato Justo y Equitativo como protección de los inversores frente a la aplicación de cláusulas antiabuso .....	117
2. Cláusula de protección frente a la expropiación: la expropiación indirecta .	122
2.1. La expropiación indirecta: un concepto de límites difusos .....	122
2.2. Las medidas tributarias como supuesto de expropiación indirecta.....	129
2.3. La práctica de los tribunales arbitrales .....	130
2.4. El <i>tax veto</i> como requisito pre-procesal en las reclamaciones basadas en la cláusula de expropiación .....	136
3. Cláusula de no discriminación .....	139
3.1. Consideraciones previas.....	139
3.2. El estándar de trato relativo al Trato Nacional .....	141
3.3. El estándar de trato de Nación Más Favorecida .....	153
4. Cláusula relativa a la Transferencia de capitales .....	162
4.1. Contenido de la cláusula y principales obligaciones derivadas de la misma.....	162
4.2. La relación de la cláusula de Transferencia de capitales con las medidas tributarias .....	168
 <b>Capítulo III. EL PODER TRIBUTARIO DE LOS ESTADOS ANTE LOS APPRIS .....</b>	 <b>183</b>
1. Limitaciones al poder legislativo tributario derivadas de la cláusula de resolución de controversias de los APPRIS .....	183
1.1. El arbitraje internacional de inversiones .....	183
1.2. El efecto de enfriamiento normativo o <i>regulatory chill effect</i> .....	197
2. Los APPRIS en un futuro próximo.....	210



---

2.1. La necesaria remodelación de los APPRIs .....	210
2.2. La compleja relación entre los APPRIs y el Derecho de la Unión Europea: la ejecución de laudos arbitrales como ayudas de Estado .....	214
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>219</b>
<b>Anexo I. LITIGIOS ARBITRALES CONTRA ESPAÑA MOTIVADOS POR LA REFORMA DEL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES .....</b>	<b>233</b>
<b>Anexo II. APPRIS FIRMADOS POR ESPAÑA .....</b>	<b>239</b>
<b>Anexo III. DECISIONES ARBITRALES Y PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CITADOS EN EL TRABAJO .....</b>	<b>243</b>



# PRÓLOGO

Toda manifestación de riqueza, real o potencial, constituye el núcleo sobre el que se proyecta el ejercicio del poder tributario y la inversión puede, sin duda, considerarse una de esas manifestaciones, cualquiera que sea el ámbito, nacional o internacional, en el que se produzca.

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), son Tratados internacionales firmados entre dos Estados con la finalidad de garantizar un marco de protección recíproco a las inversiones transfronterizas, en concreto, a las realizadas por los inversores de un Estado contratante en el otro Estado contratante y viceversa. Estos Acuerdos garantizan a los inversores extranjeros un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad, así como no obstaculizar, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso y disfrute y enajenación de las inversiones, mediante un tratamiento igual que el otorgado a los nacionales y una cláusula de nación más favorecida. La protección se extiende a las inversiones, entendiéndose por tal todo tipo de activos (tangibles e intangibles y derechos a la realización de actividades) invertidos por los inversores nacionales de un Estado contratante en el territorio del otro Estado contratante, extendiéndose también a las rentas producidas por dichas inversiones (en particular, beneficios, dividendos, intereses, cánones y plusvalías).

Siendo éste el contenido del Acuerdo, las inversiones incluidas en su ámbito de protección, podrían verse afectadas por las medidas tributarias adoptadas por el Estado receptor de la inversión. No obstante, y por ello mismo, a fin de salvaguardar el poder tributario de los Estados contratantes, este tipo de Acuerdos suelen incluir una cláusula de “excepción tributaria”, de modo que la protección no afecte al establecimiento y aplicación de las medidas, evitando de este modo limitar este ámbito de la soberanía estatal y un efecto de congelación normativa ante el temor de posibles indemnizaciones derivadas de decisiones arbitrales favorables a los inversores.

Las cláusulas de excepción tributaria no son desde luego una novedad, sino más bien un tema recurrente, que suele aparecer cuando se trata de establecer un equilibrio entre el ejercicio del poder tributario y los derechos individuales. En este sentido, la (des) protección del inversor frente a las medidas tributarias es el resultado de dicha excepción, un efecto que expresa la tensión entre la soberanía tributaria y la protección del inversor y que, en cierto modo, puede considerarse un supuesto específico y similar al del escenario reflejado en la excepción tributaria frente a la protección del derecho de propiedad, formulada en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta regulación, como es sabido, hizo pensar inicialmente en que sería imposible plantear conflictos tributarios ante los órganos de protección del Convenio (Comisión y Tribunal), invocando la vulneración del derecho de propiedad. Sin embargo, se ha ido consolidando una jurisprudencia en la que, mediante la doctrina del “justo equilibrio” entre la protección del derecho de propiedad y la excepción tributaria, el Tribunal ha ido estableciendo criterios con arreglo a los cuales puede resolverse aquella tensión. Pues bien, una deriva similar se ha ido produciendo en los Tribunales arbitrales que resuelven los conflictos relacionados con los Acuerdos de protección de inversiones, que han ido atemperando el rigor de aquella excepción, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por el Estado anfitrión de acuerdo con el principio de proporcionalidad, como ya analizara la autora de esta monografía en algunos trabajos anteriores sobre cuestiones relativas a esta materia.

Me he referido antes a un indeseable efecto de congelación normativa que, sobre la legislación tributaria, podría suponer el riesgo de la indemnización en caso de vulneración del Acuerdo, declarada por el Tribunal de arbitraje. La congelación normativa no es, desde luego, una consecuencia ineludible en estos casos y es incluso posible que no se produzca; pero el riesgo de afrontar indemnizaciones por parte del Estado sí proyecta, en cierto modo, una “espada de Damocles” sobre la legislación tributaria; un efecto, por otra parte, similar al que se produce respecto de la normativa sobre ayudas de Estado. También la jurisprudencia, en este caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha tenido un importante papel en el enjuiciamiento de la legislación tributaria a la luz de dicha normativa y en particular, de los beneficios fiscales que, eventualmente, puedan considerarse ayuda de Estado ilegal.

Deben, no obstante, advertirse dos importantes diferencias entre ambos supuestos: en el caso de la ayuda de Estado la norma tributaria es declarada ilegal y la consecuencia (la recuperación) es a favor del Estado; en el caso del Acuerdo de protección de inversiones, la medida tributaria no se invalida, sino que se fija una indemnización a favor del inversor, siendo por ello la consecuencia, en contra del Estado. En definitiva, la indemnización supone un desembolso para el Estado receptor de la inversión; es decir, un gasto público y esta condición es la que produjo, hace unos años, un punto de encuentro entre las dos situaciones descritas anteriormente, a raíz del conocido caso Micula (asunto C-284/16), en el que el Tribunal de Justicia de la Unión (la sentencia de la Gran Sala de 22 de enero de 2022, asunto C-638/19P, resolvió la casación sobre este caso devolviendo el asunto al Tribunal General para un nuevo pronunciamiento), declaró ayuda de Estado ilegal la indemnización a cargo de un Estado miembro (Rumanía) fijada por un Tribunal arbitral como consecuencia de la vulneración del Acuerdo de protección de inversiones firmado entre dos Estados miembros de la Unión Europea (Rumanía y Suecia).

Precisamente esta circunstancia, es la que llevó a la profesora Pérez Bernabeu —con una acreditada línea de investigación sobre la normativa y jurisprudencia europea en materia de ayudas de Estado y su impacto en las normas fiscales— a estudiar el tema de las medidas tributarias y los Acuerdos de protección de inversiones; un estudio que se ha ido reflejando en artículos sobre distintas cuestiones al hilo de este tema y que culmina ahora con esta excelente monografía, mediante la cual su autora se suma, con plena solvencia, a un sector de la doctrina que, desde el Derecho Tributario, ha mostrado en estos últimos años, un creciente interés sobre esta cuestión, como demuestra la simple lectura de la bibliografía citada en esta obra.

Este interés ha sido motivado, no sólo por los aspectos sustantivos del tema —la referida tensión entre el ejercicio del poder tributario y la protección de los derechos de los inversores— sino también, por el mecanismo de resolución de conflictos previsto en los Acuerdos de protección de inversiones. Se trata, en este caso, de un auténtico arbitraje que dirime directamente el conflicto entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. También aquí, se hace evidente la asimetría y excepcionalidad del Derecho Tributario, que ha sido siempre refractario a la utilización del arbitraje como método de resolución de conflictos entre el contribuyente y el Estado. Es cierto que

los Convenios de doble imposición y la Directiva europea sobre resolución de litigios, prevén el arbitraje e incluso, la posibilidad de que sea obligatorio cuando los Estados implicados no lleguen a un acuerdo mediante el procedimiento amistoso; pero dicho arbitraje no es, por ahora, más que eso: una última fase de dicho procedimiento y, por otra parte, en ningún caso (salvo desistimiento de las partes), una vía alternativa a la resolución judicial.

La posible “puerta trasera” que el arbitraje previsto en un Acuerdo de protección de inversiones abre y que pudiera ser utilizada por el contribuyente-inversor, en el caso de plantear un conflicto por considerar que una medida tributaria contraviene la protección de la inversión garantizada en el Acuerdo, fue cerrada, en el ámbito de la Unión Europea, por la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018 en el caso *Achmea* (C-284/16), en la que dicho Tribunal consideró que el sistema de arbitraje previsto en estos Acuerdos es contrario al sistema de protección judicial establecido en el Derecho de la Unión. Sin duda, un torpedo en la línea de flotación de los Acuerdos de protección de inversiones suscritos entre Estados miembros de la Unión, como puso de manifiesto la Declaración de 15 de enero de 2019 mediante la cual, los representantes de estos Estados declararon la terminación de los Acuerdos celebrados entre sí.

La monografía de la profesora Pérez Bernabeu aborda con rigor, aunando conocimiento y juicio crítico, los aspectos sustantivos y procedimentales del tema, siendo destacable la premisa desde la que plantea el análisis conceptual de los Acuerdos y con ella, la conexión del Derecho Tributario con el Derecho Internacional de Inversiones como rama del Derecho Internacional Público; en mi opinión, más allá del ya conocido escenario de la Fiscalidad Internacional, un distinto y atractivo camino a explorar por parte de nuestra doctrina. Más allá del tropiezo del arbitraje con el Derecho de la Unión Europea, creo que el tema no ha perdido vigencia y tiene un recorrido, al que han venido a sumarse nuevos e importantes desafíos, como el impacto que pueda tener la aplicación de las reglas del Pilar Dos del Plan de Acción de la OCDE sobre los Acuerdos de protección de inversiones.

En cuanto a su estructura y contenido, tras un primer Capítulo en el que se plantea el marco conceptual antes mencionado y el análisis de la excepción tributaria, el Capítulo II aborda las cláusulas sustantivas de los Acuerdos de protección de inversiones, desde una perspectiva de los principios que rigen este marco contractual y su proyección e impacto recíproco con la normativa

tributaria, incluyendo figuras de reciente aplicación como los windfall taxes. En el Capítulo III, la autora expone y analiza los principales retos a abordar en relación con el tema, incluyendo entre otras cuestiones, la del arbitraje y posibles reformas en aras a una remodelación de los Acuerdos de protección de inversiones. Además de la bibliografía reseñada por la autora, en el terreno meramente informativo, pero no por ello de menor interés, la obra se completa con tres Anexos, con listados relativos a los Acuerdos vigentes firmados por España, los litigios pendientes y las decisiones arbitrales y judiciales adoptadas sobre la materia.

Por todo ello, felicito muy sinceramente a la profesora Pérez Bernabeu, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante, por esta nueva publicación que, más allá del acierto en la elección del tema y la valoración positiva de su tratamiento, demuestran la solidez de su trayectoria académica y desde aquí, la animo a proseguir el recorrido al que antes me he referido, invitando asimismo a la lectura de esta monografía a los estudiosos del Derecho Tributario, esta vez con el valor añadido que siempre ofrecen los temas fronterizos con otras disciplinas, en este caso, el Derecho Internacional de Inversiones.

**MARÍA TERESA SOLER ROCH**

Alicante, julio 2023





# LISTADO DE ABREVIATURAS

AII	Acuerdo Internacional de Inversión
ALC	Acuerdo de Libre Comercio
APPRI	Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
ATCI	Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BLEU	Belgium-Luxembourg Economic Union
CDI	Convenio para evitar la Doble Imposición
CETA	Comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization
EE.UU.	Estados Unidos de América
EP	Establecimiento Permanente
FET	Fair and Equitable Treatment
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
I+D+i	Investigación, Desarrollo e innovación
ICC	International Chamber of Commerce
ICSIC	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IED	Inversión Extranjera Directa
IIR	Income Inclusion Rule
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILR	Interest Limitation Rules
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IVPEE	Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica

---

LGT	Ley General Tributaria
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LOB	Limitation on benefits
MAP	Mutual Agreement Procedure
MC OCDE	Modelo de Convenio de la OCDE
MFN	Most Favoured Nation
MIC	Multilateral Investment Court
MLI	Multilateral Instrument
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NT	National Treatment
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
ONU	Organización de Naciones Unidas
PCA	Permanent Court of Arbitration
PPT	Principal Purpose Test
REIO	Regional Economic Integration Organisation
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TTIP	Transatlantic Trade Investment Partnership
UE	Unión Europea
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UTPR	Undertaxed Profit Rule

# INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización económica proyecta nuevas estrategias de inversión extranjera directa en las que las decisiones de los inversores se ven fuertemente afectadas por el clima económico, político y legal de los Estados candidatos a recibir la inversión cuya capacidad de atraer capital extranjero resulta decisiva.

En este contexto, el Derecho Internacional de Inversiones resulta una pieza fundamental ya que recoge el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre los inversores extranjeros y el Estado anfitrión, ofreciendo las condiciones propicias para llevar a cabo la inversión, así como mayores niveles de protección al inversor extranjero al objeto de elevar los niveles de seguridad jurídica de los que disfruta la inversión en el territorio del Estado anfitrión.

Sin embargo, en la actualidad no existe un único cuerpo normativo o tratado internacional multilateral que regule de forma homogénea el Derecho Internacional de Inversiones, pues, como es sabido, a finales de la década de los 90 fracasó la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OCDE) de crear un Tratado Internacional de Inversiones, debido al desacuerdo sobre los objetivos que éste debería cumplir. En consecuencia, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APPRI) constituyen en la actualidad el principal instrumento normativo que garantiza los derechos de los inversores en los Estados extranjeros receptores de su inversión.

Los APPRI son tratados bilaterales entre dos Estados cuyo objetivo es la promoción de las inversiones de los nacionales de cada Estado en el territorio de la otra parte mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir la realización de la inversión, sino también la de asegurarles un determinado estándar de protección que se recoge en las cláusulas sustantivas del acuerdo.

En los últimos años se ha producido un notable incremento en el número de estos acuerdos, de hecho, el número de Estados que han firmado al menos un APPRI aumentó doce veces entre principios de los años 70 y los años 2010, alcanzando actualmente un número cercano a los 3.000 acuerdos, pudiendo considerarse a esta proliferación de APPRIs uno de los acontecimientos económicos más notables desde la Segunda Guerra Mundial.

A lo largo de los años, España ha firmado acuerdos de esta naturaleza con más de 70 países, por medio de los cuales el inversor se beneficia de una serie de derechos adicionales a los que ya ofrece la legislación del país receptor de la inversión y las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio. Aunque la mayoría de estos acuerdos siguen en vigor, hay que tener presente que tras el Tratado de Lisboa —que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009— la competencia en el ámbito de la inversión extranjera directa pasó a ser una competencia exclusiva de la UE, como parte de la Política Comercial Común, en virtud de los artículos 207.1 y 3.1 del Tratado de Lisboa. Y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de este Tratado, sólo la UE puede legislar y adoptar acuerdos con validez jurídica en un área que sea de su competencia exclusiva.

Aunque un APPRI no es fuente de derechos para los inversores extranjeros en materia de tributación en términos absolutos, en el sentido de que éstos no podrán presentar objeciones ante una determinada medida tributaria *per se*, sí que genera ciertos derechos para los inversores en términos relativos, pues podrán presentar objeciones y reclamaciones sobre una medida tributaria en tanto en cuanto suponga una violación de alguna cláusula sustantiva del APPRI.

Buena prueba de que los contribuyentes también pueden encontrar en los APPRIs una fuente de protección en el ámbito tributario es el reciente incremento de casos en los que los contribuyentes acuden al arbitraje internacional de inversiones buscando la protección dispensada por las cláusulas sustantivas de éstos para solucionar controversias de naturaleza tributaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CHAISSE, J.; KIRKWOOD, J., “Foreign Investors vs. National Tax Measures: Assessing the Role of International Investment Agreements” en *Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda*, Irma Mosquera Valderrama; Dries Lesage; Wouter Lips (Eds.), United Nations University Series on Regionalism, Vol 19. Springer, Cham, 2021.

Nuestro país no es ajeno a esta realidad, de hecho, si analizamos el caso concreto de España, destacan los más de 50 casos<sup>2</sup> en los que (desde 2011) España ha sido demandada como Estado anfitrión por la adopción de distintas medidas legislativas en el sector de la producción de energías renovables, entre las que se encontraba la creación de un nuevo impuesto (el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica) que perjudicaron los intereses de los inversores extranjeros que operaban en nuestro país<sup>3</sup>.

Este creciente número de litigios sobre inversiones relacionados con la fiscalidad es un claro indicador de la urgente necesidad de identificar y abordar desde un punto de vista académico las principales cuestiones que surgen en este ámbito. Sin embargo, la doctrina española no se ha hecho eco de esta necesidad y, salvo excepciones puntuales, no ha mostrado interés por esta problemática.

Y es precisamente esta necesidad de análisis unida al insuficiente abordaje de esta cuestión por parte de la doctrina de nuestro país la que nos ha movido a realizar un estudio en profundidad sobre esta temática al objeto de ofrecer una completa aproximación a la misma.

Nuestro análisis se asienta sobre la premisa de que si bien los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDIs) son la fuente principal de derechos y obligaciones de carácter tributario para Estados y contribuyentes en la esfera internacional, también los APPRI —a pesar de que no regulan las cuestiones tributarias de manera directa— pueden llegar a ser una importante fuente de derechos y obligaciones de carácter tributario para los inversores extranjeros, pues no olvidemos que éstos —a la par que inversores— son contribuyentes en el territorio del Estado anfitrión. Ello se debe, por un lado, a que las cláusulas sustantivas de los APPRI cubren todos los aspectos que puedan estar relacionados con la inversión (incluidos los aspectos tributarios) y, por otro lado, a que la amplitud de los términos contenidos en sus cláusulas permite que sus efectos alcancen también a las

---

<sup>2</sup> Véase el Anexo I.

<sup>3</sup> Si bien, los tribunales arbitrales en virtud de la exclusión de las cuestiones fiscales prevista en el artículo 21 del Tratado de la Carta de la Energía, no se pronunciaron sobre la compatibilidad de estas medidas con los estándares de trato recogidos en dicho tratado, aunque sí que se tuvo en cuenta para el cálculo de la indemnización.

medidas tributarias<sup>4</sup> cuando el inversor extranjero considere que su adopción por el Estado anfitrión perjudica la viabilidad económica o la rentabilidad esperada de su inversión.

El interés científico que presenta el análisis de este tema se ve incrementado si atendemos a la actual coyuntura existente tanto a nivel europeo como internacional. Efectivamente, a nivel europeo, la compleja relación existente entre el Derecho Internacional de Inversiones y el Derecho de la UE ha cobrado recientemente gran actualidad ya que la práctica administrativa de la Comisión y la jurisprudencia europea han demostrado que, lejos de ser dos cuerpos jurídicos ajenos, ambos tienen numerosos puntos en común que generan importantes puntos de fricción. Entre ellos destacan los problemas de compatibilidad del arbitraje internacional de inversiones (como método de resolución de controversias surgidas por la aplicación del APPRI) con el Derecho de la UE y la supremacía del Tribunal de Justicia de la UE (evidenciada con el pronunciamiento de éste en el caso *Achmea*), así como el desafío generado por la consideración por la Comisión Europea como ayuda de Estado del pago de las indemnizaciones fijadas por tribunales arbitrales constituidos al amparo de APPRIs intracomunitarios, es decir, firmados entre dos Estados miembros de la UE y que ha cristalizado en la Decisión de la Comisión en el asunto *Micula*<sup>5</sup> y en la reciente apertura de un procedimiento de investigación formal<sup>6</sup> el pasado mes de julio de 2021 contra España por el pago de un laudo al grupo inversor extranjero Antin.

Paralelamente, a nivel internacional constatamos la existencia de un complejo panorama en el que los retos jurídicos derivados de la Agenda 2030 aprobada por la Organización de Naciones Unidas y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, por un lado, y el escenario post-BEPS, por otro lado, justifican igualmente la necesidad y oportunidad de este análisis.

---

<sup>4</sup> Sin embargo, no todos los APPRIs, ni todas las cláusulas sustantivas de éstos son idóneos para ofrecer protección a los contribuyentes debido a que es posible excluir las cuestiones tributarias del ámbito objetivo de aplicación bien del texto íntegro del APPRI o bien de algunas de sus cláusulas sustantivas en concreto mediante la inclusión de excepciones.

<sup>5</sup> Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013.

<sup>6</sup> Véase SA.54155 (2021/NN-2021/C) Arbitration award to Antin-Spain, [https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_54155](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_54155)

En efecto, la actual red de APPRIs —debido a los postulados neoliberales que los inspiran— constituye una intolerable limitación a la capacidad de los Estados anfitriones para abordar los nuevos retos derivados de la crisis del COVID19, el cambio climático y la necesidad de avanzar en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2030, resultando inaplazable abordar la compleja tarea de remodelación de los APPRIs actualmente en vigor.

Por otro lado, el contexto actual post-BEPS —presidido por el enfoque de dos pilares auspiciados por la OCDE para abordar los retos fiscales derivados de la globalización y la digitalización— también presenta importantes desafíos jurídicos desde un punto de vista del Derecho Internacional de Inversiones. Ello se debe, principalmente, a que, para implementar las medidas derivadas de BEPS, los Estados deben realizar cambios en la normativa tributaria a nivel nacional que, en ocasiones, presentan un complejo encaje en los estándares de trato recogidos en los APPRIs y pueden ser percibidos por los inversores extranjeros como un incumplimiento de los estándares de trato recogidos en las cláusulas de los APPRIs.

Un claro ejemplo de ello viene constituido por las principales reglas GloBE del Pilar 2 del *Work Plan* de la OCDE: la *Income Inclusion Rule* (IIR)<sup>7</sup> y la *Undertaxed Profit Rule* (UTPR)<sup>8</sup> que presentan un alto riesgo de incumplir las obligaciones tributarias contraídas por los Estados en virtud de los APPRIs, especialmente en lo que se refiere de los estándares de trato recogidos en las cláusulas de Trato Justo y Equitativo y de prohibición de Expropiación indirecta, tal y como algunas voces de la doctrina extranjera han advertido<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Regla de aplicación primaria que permite a un Estado de residencia de la sociedad matriz gravar las rentas de sus filiales extranjeras si han tributado por debajo del 15%.

<sup>8</sup> Regla secundaria de la anterior, de aplicación cuando la renta del grupo multinacional no haya sido gravada conforme al IIR.

<sup>9</sup> Véanse AVI-YONAH, R., “Pillar 2 and the BITs” [en línea], (2023), <https://ssrn.com/abstract=4461285> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4461285> [Consulta 10/07/2023] BROWN C.; WHITSITT, E., “Implementing Pillar Two: potential conflicts with Investment Treaties”, *Canadian Tax Journal/ Revue Fiscale Canadienne*, Vol. 71, nº. 1, 2023, págs. 189-207; CARDEN, N.; DAVIES KC.; PERMESLY, J.; HONE, J., “Exploring Potential Investor-State Treaty Challenges to the OECD’s Pillar Two Model Tax Rules”, [en línea] (2023) <https://www.skadden.com/insights/publications/2023/03/exploring-potential-investor-state-treaty-challenges> [Consulta 12/07/2023]; DEBELVA, F.; DE BROE, L., “Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International

Si atendemos al hecho de que estas reglas han comenzado a ser implementadas de manera unilateral en el ordenamiento interno de muchos Estados, sin olvidar que a nivel europeo el pasado 15 de diciembre de 2022 se aprobó la denominada Directiva del Pilar 2<sup>10</sup> que debe ser traspuesta y de aplicación por los Estados miembros para los ejercicios que comiencen a partir del 31 de diciembre de 2023, es decir, en la mayoría de los supuestos, para 2024, resulta apremiante llevar a cabo actuaciones de coordinación normativa al objeto de evitar una oleada de reclamaciones arbitrales que resulten en una limitación de la capacidad de maniobra del Estado anfitrión para luchar contra la erosión de bases imponibles.

Tras la investigación realizada alcanzamos una doble conclusión, por un lado, que el inversor extranjero que accede a la protección conferida por un APPRI puede ver reforzada su posición como contribuyente frente al Estado anfitrión —ostentando incluso una posición privilegiada frente al resto de contribuyentes de dicho Estado que no encuentran protección en este tipo de acuerdos— y, por otro lado, que el creciente número de reclamaciones arbitrales presentadas por los inversores en materia tributaria demuestra que estos son cada vez más conscientes de esta protección que les asiste, prefiriendo incluso en algunos casos acudir a ella en detrimento de la clásica protección conferida a los contribuyentes en el ámbito internacional por los CDIs.

Este creciente recurso de los inversores extranjeros al arbitraje internacional de inversiones para solucionar sus controversias de naturaleza tributaria en un cambiante contexto internacional está evidenciando no sólo los riesgos de limitar el poder tributario de los Estados anfitriones, sino también que el Derecho Internacional de Inversiones no es un compartimento estanco, sino que interacciona con otros ordenamientos jurídicos —como es el caso del

---

Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, Vol. 50, Issue 12, 2022, págs. 898-906; HONGLER, P.; MOSQUERA, I.; DEBELVA, F.; CHAND, V.; CHAISSE, J., “UTPR Potential Conflicts With International Law?”, *Tax Notes International*, Vol. 111, 10 de julio, 2023, págs. 141-150.

<sup>10</sup> Directiva (UE) 2022/2523 del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a la garantía de un nivel mínimo global de imposición para los grupos de empresas multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud en la Unión DO L 328, 22.12.2022, pág. 1-58 [*Tol 9630107*].



Derecho de la UE o los ordenamientos tributarios nacionales— ofreciendo complejas situaciones jurídicas carentes en la actualidad de una solución adecuada. Y es, precisamente, esa necesidad de ofrecer soluciones jurídicas la que pretende colmar nuestro estudio.