

COMENTARIO

Protección ante reclamaciones entre Inversor y Estado en tiempos de la COVID-19: Llamado a la acción para los gobiernos

Nathalie Bernasconi-Osterwalder
Sarah Brewin
Nyaguthii Maina

Abril 2020

Introducción

La pandemia de la COVID-19 ha sumido al mundo en una enorme crisis sanitaria y económica. Los gobiernos están haciendo esfuerzos para frenar la propagación del virus mediante intervenciones de emergencia y medidas tales como bloqueos y contención estricta. También están tomando medidas para asegurar el suministro de alimentos esenciales, equipo médico y servicios de atención de la salud. Si bien son cruciales desde el punto de vista sanitario, muchas de estas medidas afectan duramente a las empresas, pues crean un riesgo sin precedentes de arbitraje de inversiones que surge de los más de 3.000 tratados de inversión acordados en todo el mundo.

En una coyuntura previsible, cientos de inversores extranjeros podrían presentar demandas que desafíen las medidas de emergencia tomadas por los gobiernos en relación con el virus. Muchos podrían concitar el apoyo de financiadores terceros y de abogados a través de pagos de honorarios de contingencia, ambos en procura de altos rendimientos en sus carteras de arbitraje de inversión. En el marco del sistema de arbitraje entre inversor y estado, cada caso será decidido por un tribunal particular formado por una combinación distinta de árbitros internacionales, lo que obligaría a los gobiernos a luchar en múltiples frentes, en cada caso con un costo de varios millones de dólares. Los resultados, si se mantienen los patrones actuales, serán impredecibles y en gran medida contradictorios: algunas sentencias posiblemente lleguen a cientos de millones, o incluso miles de millones, de dólares, mientras otros casos basados en hechos similares podrían conducir a decisiones que no encuentren ninguna violación de los tratados.

En una época de grave estrés económico, el apoyo a los sistemas de salud pública es más importante que nunca. Los gobiernos necesitan el espacio de política fiscal que permita emitir paquetes de apoyo económico sin arriesgarse a una voraz ola de casos de arbitraje de inversión. La única manera de hacerlo es que los gobiernos se reúnan para suspender la aplicación del arbitraje entre inversor y estado basado en tratados en lo relativo a todas las medidas relacionadas con la COVID-19, o bien para aclarar cómo se aplican las defensas del derecho internacional a esta situación extraordinaria.



Medidas estatales para hacer frente a los efectos económicos y sanitarios de la COVID-19

Casi todos los estados están tomando medidas drásticas y de amplio alcance para hacer frente a los efectos económicos y de salud pública de la COVID-19. Para limitar la propagación del virus, según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y las autoridades de salud pública al nivel nacional,¹ los gobiernos están suspendiendo servicios no esenciales y restringiendo el movimiento local o nacional, al tiempo que están tomando medidas para facilitar el transporte de bienes y trabajadores esenciales dentro del país. Tiendas, fábricas, líneas aéreas, minas y otros negocios están reduciendo drásticamente o deteniendo sus operaciones debido a regulaciones de emergencia. Se estima que el 93 % de la población mundial está adoptando medidas gubernamentales para detener la propagación del virus a través de las fronteras, incluidas la cancelación de vuelos y el cierre de aeropuertos.² Como consecuencia de lo anterior, la Asociación del Transporte Aéreo Internacional prevé pérdidas de ingresos globales para las compañías aéreas en 2020 de entre USD 63 mil millones y USD 113 mil millones.³

Los gobiernos también están reorganizando las redes de atención sanitaria y los servicios sociales para proteger la capacidad de los hospitales públicos de tratar al alto número de personas infectadas por el virus, al tiempo que toman medidas para garantizar el suministro de medicamentos y equipo de protección personal. Canadá,⁴ Ecuador⁵ y Alemania⁶ han tomado todas las medidas necesarias para garantizar su capacidad de emitir licencias obligatorias más fácilmente para los medicamentos y dispositivos patentados. Las Naciones Unidas están instando a los países africanos a que “exijan acceso urgente a la propiedad intelectual médica”,⁷ en tanto Israel ya ha emitido una licencia obligatoria para un medicamento contra el VIH que considera que tiene posible aplicación en lo relativo a la COVID-19.⁸ Para apoyar sus sobrecargados sistemas de salud pública, España⁹ e Irlanda¹⁰ han optado por nacionalizar temporalmente los hospitales privados, mientras que el gobierno español se ha hecho cargo de la gestión de las empresas privadas de atención sanitaria hasta que termine la crisis. El gobierno italiano ha aprobado el decreto “Cura Italia”, que permite adoptar una serie de medidas de emergencia, incluida la requisita temporal o permanente de dispositivos médicos y otros bienes muebles.¹¹

Los gobiernos también han puesto freno a las exportaciones de suministros médicos y medicamentos, así como de alimentos.¹² A manera de ejemplo, se informó que la India había prohibido la exportación del fármaco antipalúdico hidroxiquina, que según algunos es un posible tratamiento para la COVID-19.¹³ Otros estados están imponiendo prohibiciones de exportación para garantizar la seguridad alimentaria interna. Rusia, principal exportador de trigo del mundo, impuso una prohibición de 10 días a la exportación de arroz y trigo

¹ Organización Mundial de la Salud. (2020). *Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation report – 72*. https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200401-sitrep-72-covid-19.pdf?sfvrsn=3dd8971b_2

² Connor, P. (2020). More than nine-in-ten people worldwide live in countries with travel restrictions amid COVID-19. *Pew Research Centre*. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/01/more-than-nine-in-ten-people-worldwide-live-in-countries-with-travel-restrictions-amid-covid-19/>

³ Asociación de Transporte Aéreo Internacional. (5 de marzo de 2020). *LATA actualiza el impacto económico del COVID-19 - Urgen medidas de estímulo*. <https://www.iata.org/contentassets/31c639da45924ad1ad41fcc42fa07fa6/2020-03-05-01-sp.pdf>

⁴ Gobierno de Canadá. (24 de marzo de 2020). *BILL C-13: An Act respecting certain measures in response to COVID-19*. <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-1/bill/C-13/third-reading#ID0ETAA>

⁵ Médicos Sin Fronteras. (2020). *Exigimos que las pruebas, medicamentos y vacunas para COVID-19 no tengan patentes*. <https://www.msf.org.co/actualidad/pandemia-covid-19-no-debe-beneficiar-a-las-farmaceuticas>

⁶ Ibid.

⁷ Comisión Económica para África de las Naciones Unidas. (27 de marzo de 2020). *Trade policies for Africa to tackle Covid-19*. https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/briefing_paper_on_trade_policies_for_africa_to_tackle_covid-19_290820.pdf

⁸ Scheer, S. y Steenhuyzen, J. (2020). Israel approves generic HIV drug to treat COVID-19 despite doubts. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-israel-drug/israel-approves-generic-hiv-drug-to-treat-covid-19-despite-doubts-idUSKBN216237>

⁹ Matthews, D. (2020). Spain nationalizes private hospitals to combat coronavirus outbreak. *Daily News*. <https://www.nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-spain-privatizes-hospitals-outbreak-20200316-4nhlxvys3jhfxhw7wgjbore3y-story.html>

¹⁰ Private hospitals will be made public for duration of coronavirus pandemic. *The Journal*. <https://www.thejournal.ie/private-hospitals-ireland-coronavirus-5056334-Mar2020/>

¹¹ Ashurst. (2020). *Law Decree No 18 of 17 March 2020 - Cura Italia Decree*. <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/law-decree-no-18-of-17-march-2020---cura-italia-decree/>

¹² En el momento de redactar este documento, el proyecto Global Trade Alert, de la Universidad de St. Gallen, ha estimado que 68 Gobiernos han puesto cerca de 82 restricciones a las exportaciones de suministros médicos y medicamentos relacionados con la COVID-19.

¹³ Singh, R.K. (2020). India bans all exports of virus drug often touted by Trump. *Bloomberg*. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-05/india-bans-all-exports-of-trump-s-game-changer-virus-drug>



sarraceno,¹⁴ y Vietnam, otro importante exportador, puso en vigor una moratoria a los nuevos contratos de exportación de arroz.¹⁵ Kazajstán ha suspendido la exportación de harina de trigo, trigo sarraceno, azúcar y aceite de girasol, en tanto que Camboya ha prohibido todas las exportaciones de arroz.¹⁶ Al mismo tiempo, algunos estados están tratando de promover la circulación de bienes y trabajadores esenciales dentro de sus fronteras. Así, por ejemplo, el Congreso de Perú aprobó un proyecto de ley que suspendería la recaudación de tarifas en las autopistas nacionales de peaje de gestión privada para promover la libre circulación de bienes y trabajadores esenciales dentro del país.¹⁷

Los estados también están adoptando medidas de emergencia para hacer frente a los efectos económicos y financieros de la crisis provocada por la COVID-19. Al 3 de marzo, China había expedido 4.811 certificados de fuerza mayor para limitar la responsabilidad de las empresas chinas que no pudieran cumplir sus obligaciones contractuales.¹⁸ Australia ha fijado temporalmente el umbral monetario para la selección de las inversiones extranjeras a USD 0 (cuando anteriormente oscilaba entre USD 170 millones y USD 740 millones, según el sector) para proteger contra la compra de activos en dificultades en sectores sensibles.¹⁹ La Unión Europea (UE) ha identificado el riesgo que podrían correr las industrias estratégicas debido a la inversión extranjera directa (IED), advirtiendo que “se requiere vigilancia para asegurar que tal IED no tenga un efecto perjudicial sobre la capacidad de la UE para cubrir las necesidades de salud de sus ciudadanos” e instó a los estados miembros a que se involucren en el examen de la IED.²⁰

En el sector bancario, el regulador prudencial del Reino Unido presionó a los mayores bancos del país para que suspendieran la emisión de dividendos, la recompra de acciones y los bonos ejecutivos a raíz de la crisis. Los bancos cumplieron al pie de la letra lo requerido, y esto dio lugar a la cancelación de pagos a accionistas por valor de GBP 7.5 mil millones.²¹

Las consecuencias financieras de la pandemia también están exacerbando los altos niveles de deuda pública en muchos países. Según se informa, Zambia ha convocado asesores para que ayuden a reestructurar su deuda soberana.²² Los comentaristas de los mercados emergentes también están advirtiendo a los tenedores de bonos soberanos zambianos, ecuatorianos y argentinos que esperen pérdidas significativas en sus valores.²³

Aprender del pasado: El arbitraje entre inversor y estado en tiempos de crisis

Las medidas de interés público de los estados, ya sean relacionadas con la salud, el comercio o las finanzas, pueden ser impugnadas por los inversores, incluidas las medidas adoptadas en tiempos de crisis nacionales graves. Los inversores pueden impugnar estas medidas utilizando el arbitraje entre inversor y estado previsto en las disposiciones de solución de controversias entre inversores y estados (SCIE) que se encuentran en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los capítulos de inversión de los acuerdos comerciales.

¹⁴ Medetsky, A. (2020). Virus puts risk of Russian wheat-export curbs back in focus. *Bloomberg*. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-25/virus-puts-threat-of-russian-wheat-export-curbs-back-in-focus>

¹⁵ Vu, K. (2020). Vietnam's ban on rice exports still in force, government may set limit: traders. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-vietnam-rice/vietnams-ban-on-rice-exports-still-in-force-government-may-set-limit-traders-idUSKBN21H0GO>

¹⁶ Johnson, K. (2020). Cambodia to ban some rice exports April 5 due to coronavirus. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-cambodia-rice/cambodia-to-ban-some-rice-exports-april-5-due-to-coronavirus-idUSKBN21H1E6>

¹⁷ Esto ha suscitado advertencias de que los operadores privados de carreteras de peaje podrían presentar reclamaciones de SCIE en el marco de sus contratos de concesión. Véase Sanderson, C. (2020). Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/1225319/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures>

¹⁸ Tan, H. (2020). *China invokes 'force majeure' to protect businesses — but the companies may be in for a 'rude awakening'*. CNBC. <https://www.cnbc.com/2020/03/06/coronavirus-impact-china-invokes-force-majeure-to-protect-businesses.html>

¹⁹ Remeikis, A. (2020). Australian authorities to check every proposed foreign investment during coronavirus crisis. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/29/australian-authorities-to-check-every-proposed-foreign-investment-during-coronavirus-crisis>

²⁰ Comisión Europea. (2020). *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)* https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf

²¹ Morris, S. Crow, D. y Giles, C. (2020). British lenders suspend dividends after BoE pressure. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/c13d3d21-b6f3-4449-a916-2ba4271818e4>

²² Stubbington, T. y Fletcher, L. (2020). Zambia's bonds drop on expected restructuring. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/a3755cf3-34a9-4992-a54b-686a6b5380b2>

²³ Maki, S. (2020). A trio of downgrades spell default danger for emerging markets. *Yahoo Finance*. <https://finance.yahoo.com/news/trio-downgrades-spell-default-danger-214000184.html>



Un inversor extranjero puede presentar una reclamación de SCIE afirmando que la medida de un estado violó una o más de las protecciones que el estado le debía al inversor en virtud del tratado. En la mayoría de los tratados de inversión, estas protecciones se definen amplia y vagamente. Requieren que el estado compense en caso de expropiación, trate a los inversores extranjeros “de manera justa y equitativa”, les permita “protección y seguridad plenas” y no trate a los inversores extranjeros de manera menos favorable que a los inversores nacionales u otros inversores extranjeros. Los tratados también suelen impedir la restricción de las corrientes de capital, algunas de ellas sujetas a excepciones limitadas.

La crisis financiera mundial de 2007–2008, y los recientes períodos de inestabilidad política y económica nacional y regional en todo el mundo, ofrecen ejemplos del modo en que los inversores extranjeros pueden utilizar las SCIE en tiempos de crisis.

Quizás el ejemplo más notable sea el de Argentina. En 2001, Argentina enfrentó un colapso económico casi total, marcado por “una caída del PIB per cápita de 50 por ciento, una tasa de desempleo de más del 20 por ciento, una tasa de pobreza de 50 por ciento, huelgas, manifestaciones, enfrentamientos violentos con la policía, decenas de víctimas civiles y una sucesión de cinco presidentes en 10 días”.²⁴ Durante este período, el gobierno adoptó una serie de medidas de emergencia, incluidas la congelación de las tarifas de servicios públicos, la nacionalización de activos, la devaluación de la moneda y la reestructuración de los bonos soberanos. A finales de 2014, Argentina era parte demandada en más de 50 casos de SCIE, la mayoría de los cuales derivaba de medidas adoptadas durante la crisis.²⁵ Las sentencias finales contra Argentina ascendieron a más de USD 2 mil millones,²⁶ y hubo varias reclamaciones que se liquidaron con cientos de millones de dólares.²⁷

Durante la crisis financiera mundial de 2008, el gobierno belga reestructuró y nacionalizó el grupo bancario y de seguros Fortis. Ping An, uno de los principales accionistas de Fortis, inició una reclamación contra el gobierno belga, buscando una compensación de casi USD 1.000 millones para intentar recuperar su pérdida de inversiones tras las reformas. La reclamación fue desestimada posteriormente por motivos jurisdiccionales (la controversia había surgido antes de la entrada en vigor del TBI pertinente).²⁸

En 2013, las medidas reglamentarias adoptadas por el gobierno chipriota para limitar la exposición del segundo mayor banco de Chipre a la cesación de pagos de la deuda griega durante la crisis de la deuda griega fueron objeto de una reclamación del SCIE por EUR 1.05 mil millones. El tribunal arbitral establecido para conocer este caso aceptó la jurisdicción pero desestimó la reclamación del inversor.²⁹

A la agitación social y política de la Primavera Árabe en 2011–2012 siguió un aumento en las reclamaciones de SCIE contra los gobiernos de África del Norte y Oriente Medio,³⁰ algunas de las cuales se derivaron de las medidas estatales adoptadas para hacer frente a los efectos de la crisis. En Egipto, los extraordinarios niveles de violencia y malestar social dieron lugar a una disminución del suministro de gas, que el estado consideró “una amenaza para el funcionamiento básico de la sociedad y el mantenimiento de la estabilidad interna”.³¹ La decisión del gobierno de suspender las ventas de gas a una planta de propiedad española para priorizar el suministro de gas natural para los mercados nacionales de electricidad dio lugar a una reclamación de SCIE en la que el inversor recibió más de USD 2 mil millones.³²

²⁴ Lavopa, F. (2020). *Crisis, emergency measures and the failure of the ISDS system: The case of Argentina* (Investment Policy Brief #2). Centro del Sur. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf

²⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2015). *Recent trends in IIAs and ISDS*. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

²⁶ UNCTAD. (n.d.). *Investment policy hub: Argentina*. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/>

²⁷ Véase, por ejemplo, el Gobierno pagó US\$ 677 millones por servicios permanentes ante el CIADI, 19 de octubre de 2013. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/1630428-el-gobierno-pago-us-677-millones-por-juicios-perdidos-ante-el-ciadi>

²⁸ Rabinovitch, S. y Fontanella-Khan, J. (2012). Ping An in arbitration claim over Fortis. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/87437290-0620-11e2-bd29-00144feabdc0>

²⁹ Papazoglou, S. (2019). Chipre ejerció legítimamente su poder de policía, lo cual frustra demandas de banqueros griegos ante el CIADI. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itm/es/2019/04/23/cyprus-legitimately-exercised-its-police-powers-defeats-icsid-claims-by-greek-bankers-stephanie-papazoglou/>

³⁰ Foty, C. (2019). *Impact of the Arab Spring on the international arbitration landscape*. Kluwer Arbitration Blog <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/26/impact-of-the-arab-spring-on-the-international-arbitration-landscape/>

³¹ Koroteeva, K. (2018). Egipto declarado culpable por cierre de planta eléctrica durante levantamiento en 2011. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itm/es/2018/12/21/egypt-found-liable-for-the-shut-down-of-an-electricity-plant-during-the-2011-uprising-ksenia-koroteeva/>

³² *Unión Fenosa v. Egipto*. (2014). Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/567/uni-n-fenosa-v-egypt>



Más recientemente, el gobierno del Líbano ha impuesto controles de capital tales como limitar los retiros bancarios para hacer frente a sus problemas de liquidez, lo cual ha atizado protestas y manifestaciones en todo el país.³³ Los bufetes de abogados especializados en arbitraje de inversiones ya están explorando formas en que los inversores extranjeros afectados pueden someter reclamaciones de SCIE en el marco de los TBI del Líbano.³⁴

Fuera de los tiempos de crisis, las medidas gubernamentales para proteger la salud pública también han sido cuestionadas en demandas de SCIE, incluidas las leyes de etiquetado del tabaco³⁵ y las prohibiciones de productos químicos que perjudican la salud.³⁶ En 2016, la presión del Gobierno colombiano sobre la compañía farmacéutica suiza Novartis para que redujese el precio de un medicamento contra el cáncer (incluidas alusiones al uso de licencias obligatorias) tuvo como respuesta una amenaza de procedimientos de SCIE.³⁷ En 2013, Eli Lilly, una compañía farmacéutica estadounidense, presentó una reclamación contra Canadá por la invalidación de dos de sus patentes de medicamentos. Aunque se desestimó la reclamación, se encomendó al tribunal que decidiera si, al invalidar las patentes, los tribunales canadienses habían cumplido las normas del tratado respecto del trato a los inversores.³⁸

La posible precariedad de las defensas de los estados

Los estados pueden disponer de defensas legales en los casos de SCIE iniciados por inversores extranjeros para impugnar las medidas adoptadas durante y después de la pandemia de la COVID-19 y la crisis económica mundial que ha sobrevenido. Sin embargo, los casos pasados muestran que estas defensas pueden ser difíciles de utilizar por parte de los gobiernos a fin de evitar que el tribunal llegue a la conclusión de que violaron un tratado y deben pagar una indemnización. De particular importancia es la doctrina de la necesidad del derecho internacional consuetudinario, que puede utilizarse para justificar el incumplimiento, por parte de un estado, de sus obligaciones internacionales en situaciones de grave e inminente peligro para los intereses esenciales del estado.³⁹

El umbral para la defensa del estado de necesidad es muy alto, y exige que la acción emprendida por el Estado sea “la única manera de que el estado salvaguarde un interés esencial contra un peligro grave e inminente”.⁴⁰ Este elemento de la defensa requiere que el tribunal considere toda la gama de medidas alternativas a disposición del estado en las circunstancias que se hayan presentado, incluso aquellas que puedan ser más costosas o incómodas. Corresponde entonces al tribunal determinar si una de estas medidas pudo haber logrado el mismo efecto sin infringir las obligaciones del estado con el inversor.⁴¹ La defensa del estado de necesidad de Egipto fue desestimada por el tribunal en el caso del gas natural mencionado anteriormente, en parte por el hecho de que el estado no estableció que las medidas adoptadas eran la “única manera” de prevenir una amenaza a un “interés esencial”.⁴²

La defensa del estado de necesidad ha sido interpretada y aplicada de manera incoherente por los tribunales de inversión que consideran circunstancias fácticas idénticas o muy similares. A manera de ejemplo, con

³³ Scolding, E. (2020). Tensions mount at Lebanon’s banks as customers push against capital controls. *Middle East Eye*. <https://www.middleeasteye.net/news/confrontations-mount-lebanons-banks-customers-push-against-capital-controls>

³⁴ Farchakh, M. (2020). *The ongoing Lebanese financial crisis: Is there potential for investor-state arbitration?* <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/08/the-ongoing-lebanese-financial-crisis-is-there-potential-for-investor-state-arbitration/>

³⁵ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Caso N. ° 2012-12; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Caso CIADI N. ° ARB/10/7.

³⁶ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL (anteriormente Crompton Corporation v. Government of Canada), Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL.

³⁷ Williams, Z. (2016). Investigation: As Colombia pushes for cancer drug price-cut and considers compulsory licensing, Novartis responds with quiet filing of an investment treaty notice. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/investigation-as-colombia-pushes-for-cancer-drug-price-cut-and-considers-compulsory-licensing-novartis-responds-with-quiet-filing-of-an-investment-treaty-notice/>

³⁸ Musmann, T. (2017). *Eli Lilly v. Canada – The first final award ever on patents and international investment law*. Kluwer Patent Blog. <http://patentblog.kluweriplaw.com/2017/04/04/eli-lilly-v-canada-the-first-final-award-ever-on-patents-and-international-invest-ment-law/>

³⁹ ILC Articles p. 80 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

⁴⁰ Véase el artículo 25 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre *La responsabilidad de los Estados*. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

⁴¹ Paddeu, F. (2020). *COVID-19 and investment treaty claims*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/>

⁴² Charlotin, D. (2018). Unión Fenosa v. Egipto. In now-surfaced award, tribunal dismisses necessity defence and sees no abuse in investor pursuit of multiple arbitrations. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/union-fenosa-v-egypt-in-now-surfaced-award-tribunal-dismisses-necessity-defence-and-sees-no-abuse-in-investor-pursuit-of-multiple-arbitrations/>



respecto a las denuncias de Argentina antes mencionadas, en un caso, el tribunal desestimó la defensa del estado de necesidad al considerar que el estado había contribuido a crear la “situación de necesidad”.⁴³ Otro tribunal confirmó la defensa del estado de necesidad de Argentina en circunstancias similares.⁴⁴ Estos casos se decidieron con una diferencia de apenas 18 meses.⁴⁵

La mayoría de los TBI omiten la doctrina del estado de necesidad, y dejan que sean los tribunales arbitrales los que decidan cómo interpretar esa omisión. Dado que cada tribunal, compuesto generalmente por tres árbitros, es establecido para el caso específico, las interpretaciones variarán ampliamente, y esto podría conducir a una amplia gama de posibles resultados contradictorios, como se ha visto en los casos de Argentina.

A diferencia de los TBI más antiguos, los TBI de nueva generación suelen ser más protectores del espacio normativo que requieren los estados para tomar medidas orientadas a proteger el interés público. Sin embargo, queda por demostrar la eficacia de estos nuevos enfoques, y todavía hay mucho margen para la interpretación en el seno de los tribunales arbitrales. Los resultados arbitrales alcanzados en virtud de estos tratados, al igual que sus predecesores, siguen siendo altamente impredecibles.

En la medida de lo posible, los estados tendrían que plantear excepciones y defensas en los procedimientos de SCIE.⁴⁶ Corresponde a los tres árbitros determinar si el estado violó o no el tratado pertinente y si debe compensar al inversor extranjero por las medidas de emergencia adoptadas en respuesta a la crisis de la COVID-19. No todas las medidas serán consideradas infracciones. Esto no menoscaba el hecho de que el estado tendría que defender las acciones tomadas para proteger el interés público durante un periodo de agitación mundial sin precedentes ante tres abogados que probablemente tengan con poco conocimiento de salud pública o estabilidad macroeconómica, o bien de derecho constitucional y los marcos jurídicos nacionales del gobierno defensor.

La necesidad de evitar las reclamaciones entre inversor y estado nunca ha sido mayor

En un momento en que los estados enfrentan desafíos económicos y de salud pública a una escala sin precedentes, nunca ha sido mayor la necesidad de evitar las reclamaciones de SCIE. A menos que los gobiernos manejen los distintos casos del modo que se sugiere más adelante, la amenaza inminente de arbitraje entre inversor y estado se cernirá sobre los gobiernos. Varios inversores extranjeros podrán presentar reclamaciones sobre la base de hechos relevantes idénticos que cuestionen una misma medida con resultados impredecibles. Esto se debe tanto a las amplias y vagamente formuladas obligaciones que figuran en más de 3.000 tratados de inversión, así como al hecho de que cada caso llevado a arbitraje se decide ante un tribunal distinto. La jurisprudencia ha dado lugar a una interpretación incoherente de las propias normas de los tratados y del derecho internacional consuetudinario que se aplica a todos los tratados. Las conclusiones divergentes alcanzadas por distintos tribunales que consideran el mismo conjunto medidas gubernamentales o bien medidas similares en los casos de Argentina antes mencionados, así como en una serie de recientes arbitrajes sobre energías renovables contra España, proporcionan ejemplos clave de ello.⁴⁷

La falta de claridad sobre la aplicación de las vagas normas de los tratados a las medidas de la COVID-19, y el hecho de que ningún tribunal esté obligado por una decisión anterior, pueden incentivar a los abogados y a los financiadores terceros a especular mediante la presentación de múltiples reclamaciones que cuestionen medidas similares en todo el mundo. El hecho de que los reclamantes puedan recurrir a financiadores de litigios

⁴³ Whitsitt, E. (2009). Tribunal rebuffs defense of necessity in recently published award: National Grid p.l.c. v. Argentine Republic. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/2009/03/02/tribunal-rebuffs-defense-of-necessity-in-recently-published-award-national-grid-p-l-c-v-argentine-republic/>

⁴⁴ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Caso CIADI N. ° ARB/02/1).

⁴⁵ Waibel, M. (2007). Two worlds of necessity in ICSID arbitration: CMS and LG&E. *Leiden Journal of International Law*, 20(3). https://www.researchgate.net/publication/228213318_Two_Worlds_of_Necessity_in_ICSID_Arbitration_CMS_and_LGE

⁴⁶ Para un análisis de las posibles defensas que podrían invocar los Estados en el contexto de las medidas adoptadas a raíz de la pandemia de la COVID-19, véase Pathirana, D. (2020). COVID-19, preventative measures and the investment treaty regime. *Afronomics Law*. <https://www.afronomicslaw.org/2020/04/13/covid-19-preventative-measures-and-the-investment-treaty-regime/>

⁴⁷ Reynoso, I. (2019). Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>



que tengan una participación significativa en la decisión del caso podría dar lugar aún más a reclamaciones especulativas o marginales en tiempos de crisis.⁴⁸ Los boletines de arbitraje y los bufetes de abogados ya están presagiando el arbitraje entre Inversor y Estado relacionado con la COVID-19.⁴⁹

Algunos tribunales dedicados a controversias entre inversor y estado podrían concluir que la medida relacionada con la COVID-19 que tienen ante sí es una violación de un tratado para la cual el estado no tiene una defensa válida. En consecuencia, se podría ordenar a los estados demandados que paguen grandes cantidades de indemnización a reclamantes extranjeros. Los tribunales anteriores han concedido indemnizaciones por más de USD 100 millones hasta la fecha en al menos 46 casos entre inversor y estado conocidos con base en tratados, en que una indemnización ascendió a USD 40 mil millones.⁵⁰

Las megasentencias plantean problemas especialmente graves para los países en desarrollo. Del mismo modo, es probable que estos países también se vean más gravemente afectados por la doble crisis de la COVID-19 y la recesión económica mundial, que, en última instancia, empeorará la carga de la deuda existente. En el caso de gas de Unión Fenosa mencionado anteriormente, se ordenó a Egipto que pagara USD 2 mil millones más intereses.⁵¹ Esta cifra representó el 12 % del presupuesto nacional combinado de Egipto para la salud y la educación en 2018/19, que fue de USD 15,82 mil millones.⁵² Las elevadas cantidades se deben en gran medida a la metodología que utilizan los árbitros de inversión para calcular los daños, que tiende a ser incoherente y especulativa, y no toma en cuenta factores contextuales fundamentales.⁵³

Por último, defender una reclamación de SCIE, aun cuando resulte exitosa en última instancia, es costoso, requiere mucho tiempo y consume valiosos recursos humanos. Un estudio de la OCDE estima que el costo promedio de defender una reclamación es de USD 8 millones,⁵⁴ y a veces supera en gran medida esa cifra. Filipinas gastó USD 58 millones para defender dos casos presentados por un inversor alemán⁵⁵, y Australia gastó USD 28 millones para defender el caso del etiquetado del tabaco mencionado anteriormente.⁵⁶

Los rescates y la reestructuración de la deuda corren peligro

Muchos gobiernos pedirán apoyo al Fondo Monetario Internacional (FMI) o al Banco Mundial para ayudarles a superar la crisis de la COVID-19. Deben evitarse los pasivos resultantes del arbitraje entre inversor y estado relacionado con la COVID-19 a fin de no socavar ese apoyo financiero. En 2019, un tribunal de inversiones otorgó a empresas mineras extranjeras una indemnización de USD 6 mil millones contra Pakistán.⁵⁷ Apenas dos meses antes, el FMI había acordado con Pakistán un rescate para salvar su economía del colapso, también por USD 6 mil millones.⁵⁸ Las disputas entre inversor y estado relacionadas con la COVID-19 podrían hacer que los rescates futuros carezcan de valor.

⁴⁸ Algunos consideran que la estructura asimétrica del régimen de tratados de inversión, la falta de un sistema de precedentes en las SCIE y la consiguiente incoherencia e imprevisibilidad de los resultados arbitrales se prestan a la financiación de terceros en reclamaciones especulativas o marginales. Véase, por ejemplo, García, F. (30 de julio de 2018). Argumentos Contra el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje de Inversión *IISD Investment Treaty News*; International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary Task Force. (17 de octubre de 2017). *Third-party funding in investor-state dispute settlement*. Draft report for public discussion. Round Table Discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration.

⁴⁹ Benedeteli, M. (2020). Could COVID-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency-measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy>; Aceris Law LLC (2020), The COVID-19 pandemic and investment arbitration. *Aceris Law*. <https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>

⁵⁰ *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation* (Caso CPA N. ° 2005-03/AA226).

⁵¹ Charlotin, D. (2018). Arbitrators hold Egypt liable for more than \$2 billion as a result of unfair treatment of gas plant investors. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-hold-egypt-liable-for-more-than-2-billion-as-a-result-of-unfair-treatment-of-gas-plant-investors/>

⁵² Según el tipo de cambio de EGP a USD a octubre de 2019.

⁵³ Bonnitcha, J., y Brewin, S. (2019). *Compensation under investment treaties*. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>

⁵⁴ Gaukrodger, D. y K. Gordon (2012). *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community* (OECD Working Papers on International Investment, 2012/03). OECD Publishing. http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf

⁵⁵ Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Transnational Institute.

⁵⁶ Según el tipo de cambio de AUD a USD en julio de 2018. Hutchens, G. y Knaus, C. (1° de julio de 2018). Revealed: \$39m cost of defending Australia's tobacco plain packaging laws. *The Guardian Australia*. <https://www.theguardian.com/business/2018/jul/02/revealed-39m-cost-of-defending-australias-tobacco-plain-packaging-laws>

⁵⁷ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N. ° ARB/12/1.

⁵⁸ Masood, S. (2019, May 12.). Pakistan to accept \$6 billion bailout from I.M.F. *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/05/12/world/asia/pakistan-imf-bailout.html>



De manera similar, los Gobiernos, especialmente en el mundo en desarrollo, necesitan hoy más que nunca flexibilidad para reestructurar su deuda. Las reclamaciones de inversión presentadas por los tenedores de bonos italianos contra Argentina muestran cómo el arbitraje entre Inversor y Estado podría complicar la reestructuración de la deuda. En 2011, un tribunal arbitral permitió por primera vez a los tenedores extranjeros de bonos (60.000 nacionales italianos) presentar reclamaciones contra un Gobierno en virtud de un TBI.⁵⁹ Los tenedores de bonos desafiaron la suspensión de pagos de Argentina y la reestructuración parcial de su deuda soberana mediante cambios en sus reembolsos de bonos. Debido a las actuales crisis sanitarias y económicas, muchos países no podrán pagar sus deudas, lo que podría llevar a la necesidad de una suspensión mundial del pago de la deuda para evitar una serie de incumplimientos de pago.⁶⁰ Permitir a los tenedores de bonos presentar una reclamación masiva en virtud de un TBI para desafiar la reestructuración de la deuda de un gobierno podría limitar las opciones de los gobiernos para manejar su deuda soberana.

La necesidad de una acción colectiva para evitar una oleada de arbitrajes entre inversor y estado

El 2 de abril de 2020⁶¹, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad una resolución⁶² que reconoce “los efectos sin precedentes” de la pandemia del coronavirus y pide que se intensifique la cooperación internacional para contener, mitigar y derrotar” la COVID-19. La resolución reafirma el “compromiso de la Asamblea General con la cooperación internacional y el multilateralismo”, y pide al Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, que dirija la movilización y coordinación de una respuesta mundial a la pandemia “y su impacto social, económico y financiero adverso en todas las sociedades”.⁶³

De acuerdo con esta resolución, los estados deberían reunirse y reconocer los efectos potencialmente abrumadores de un auge del arbitraje de inversiones liderado por compañías extranjeras, accionistas, inversores de carteras y tenedores de bonos contra gobiernos con escasa liquidez. En estos tiempos de agitación, los gobiernos no tendrán la capacidad de manejar múltiples reclamaciones y pagar grandes cantidades en compensación, con profundas consecuencias en lo que toca a los presupuestos de salud, la gestión de la deuda y la eficacia de los rescates del FMI y otras instituciones.

Una respuesta global y coordinada a este riesgo puede fomentar la solidaridad y proteger a los gobiernos de un escenario peor. Una posible respuesta sería que los gobiernos suspendieran conjuntamente la aplicación del arbitraje entre inversor y estado con respecto a las medidas relacionadas con el COVID. También podrían emitir una interpretación conjunta que aclare, por ejemplo, que debe considerarse que los gobiernos se encuentran en estado de necesidad y, por lo tanto, no puede juzgarse que hayan incurrido en incumplimiento de sus obligaciones respecto de tratados de inversión por medidas relacionadas con la COVID-19. Los estados tendrían que ser conscientes de que, dependiendo de la opción elegida, podrían terminar defendiendo múltiples reclamos, pero al menos la respuesta multilateral podría constituir un obstáculo jurisdiccional frente a inversores que busquen impugnar las medidas relativas a la COVID-19, o bien ofrecer orientación a los tribunales cuando evalúen las defensas de los estados, si los inversores logran superar dicho obstáculo. Cualquier preocupación acerca de acciones estatales intencionalmente ilícitas disfrazadas como medidas relacionadas con la COVID-19 podría ser abordada en los mecanismos de solución de controversias entre estados que consignan virtualmente todos los tratados de inversión.

⁵⁹ Tal como se ha visto en los casos de *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, Caso CIADI N.º ARB/07/5 and *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, Caso CIADI N.º ARB/08/9.

⁶⁰ Stiglitz, J. (2020, April 7). World must combat looming debt meltdown in developing countries. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/business/2020/apr/07/world-must-combat-looming-debt-meltdown-in-developing-countries-covid-19>

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. (2 de abril de 2020). *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019*. <https://www.un.org/pga/74/2020/04/02/global-solidarity-to-fight-the-coronavirus-disease-2019/>

⁶² Asamblea General de las Naciones Unidas. (27 de marzo de 2020). *Strengthening of the United Nations system*. <https://www.un.org/pga/74/wp-content/uploads/sites/99/2020/03/A-74-L.52.pdf>

⁶³ La resolución fue aprobada sin la presencia de los Gobiernos a través de un “procedimiento de silencio”, según el cual se aprueba una resolución a menos que país se oponga un solo.



Podría coordinarse una respuesta de emergencia por conducto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCED), que cuenta con amplios conocimientos especializados en materia de tratados de inversión y reformas conexas. Otra opción es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en particular su Grupo de Trabajo III, ya está establecido para ocuparse de la reforma de SCIE. También se podría elaborar una respuesta de emergencia en la Asamblea Mundial de la Salud, programada para mayo de 2020.⁶⁴

Retirar el consentimiento para el arbitraje entre inversor y estado hasta que se encuentre una solución multilateral

Las opciones multilaterales de emergencia, como suspender la aplicación del arbitraje entre inversor y estado o emitir declaraciones interpretativas conjuntas, probablemente requieran algún tiempo. A la luz de esto, un estado podría considerar complementar el proceso multilateral notificando a sus socios en el tratado que retira su oferta de someterse al arbitraje entre inversor y estado hasta nuevo aviso. Este proceso también se conoce como “retirada del consentimiento” de SCIE.

Se ha argumentado que la retirada de un estado parte del consentimiento al arbitraje entre inversor y estado sobre la base de tratados es enteramente posible debido a que el acuerdo de arbitraje —la cláusula de SCIE— en los tratados se ha concertado entre los Estados, no entre el estado y el reclamante-inversor.⁶⁵ Se considera que la cláusula SCIE contiene *una oferta* del estado de consentir la jurisdicción de un tribunal arbitral en caso de una futura controversia entre inversor y estado (sin saber quién podría ser el inversor). El consentimiento del estado no se “perfecciona” (y por lo tanto no se hace irrevocable) hasta el momento que un inversor acepta la oferta. La presentación de una reclamación se considera como la aceptación de la oferta con respecto a la reclamación individual de ese inversor.⁶⁶ Por lo tanto, en cuanto respecta a controversias futuras, el estado puede retirar su consentimiento en cualquier momento notificándolo al otro estado parte. Por supuesto, los inversores extranjeros y sus abogados pueden tratar de impugnar la legalidad de tal acción solicitando que un tribunal decida si tiene jurisdicción sobre la reclamación a la luz de la retirada del consentimiento, pero si un tribunal arbitral aceptara la jurisdicción sin el consentimiento previo de las partes, ello haría la decisión arbitral vulnerable a la anulación o a la retirada de la jurisdicción. Por último, el estado de origen (aquel del cual procede la inversión) también podría impugnar la retirada del consentimiento.⁶⁷ Sin embargo, dadas las circunstancias excepcionales a la luz de la pandemia de la COVID-19, es posible que los estados de origen no consideren apropiada esa acción.

Conclusión

Los gobiernos enfrentan una amenaza inminente de arbitraje entre inversor y estado, ya que adoptan difíciles decisiones en apoyo a los sistemas de salud pública en un momento de grave estrés económico. Necesitan el espacio de política fiscal para crear paquetes de apoyo económico centrados en ayudar a las personas y manejar su economía en esta crisis. Nuestro llamado a la acción intenta lograr que los gobiernos se reúnan para suspender el arbitraje entre inversor y estado sobre la base de tratados en cuanto respecta a todas las medidas relacionadas con la COVID-19 o que aclaren la aplicación de defensas de derecho internacional durante estos tiempos extraordinarios. Los gobiernos que deseen limitar los riesgos relacionados con los tratados de inversión pueden retirar su consentimiento al arbitraje sobre inversiones hasta cuando se encuentre una solución multilateral.

⁶⁴ Organización Mundial de la Salud. (2019). 72.ª Asamblea Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/about/governance/world-health-assembly/seventy-second-world-health-assembly>

⁶⁵ Porterfield, M. (2014). Aron Broches and the withdrawal of unilateral offers of consent to investor–state arbitration. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itm/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/>; Howse, R. (2017). A short cut to pulling out of investor–state arbitration under treaties: Just say no. *International Economic Law and Policy Blog*. <https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/a-short-cut-to-pulling-out-of-investor-state-arbitration-under-treaties-just-say-no.html>

⁶⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2003). *Dispute settlement*. International Centre for Settlement of Investment Disputes. https://unctad.org/en/docs/edmmisc232add2_en.pdf p.37

⁶⁷ Johnson, L., Coleman, J. y Güven, B. (2018). *Retiro de Consentimiento al Arbitraje entre Inversionista y Estado y Terminación de Tratados de Inversión*. <https://www.iisd.org/itm/es/2018/04/24/withdrawal-of-consent-to-investor-state-arbitration-and-termination-of-investment-treaties-lise-johnson-jesse-coleman-brooke-guven/>

© 2020 The International Institute for Sustainable Development
Published by the International Institute for Sustainable Development.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The International Institute for Sustainable Development (IISD) is an independent think tank championing sustainable solutions to 21st-century problems. Our mission is to promote human development and environmental sustainability. We do this through research, analysis and knowledge products that support sound policy-making. Our big-picture view allows us to address the root causes of some of the greatest challenges facing our planet today: ecological destruction, social exclusion, unfair laws and economic rules, a changing climate. IISD's staff of over 120 people, plus over 50 associates and 100 consultants, come from across the globe and from many disciplines. Our work affects lives in nearly 100 countries. Part scientist, part strategist—IISD delivers the knowledge to act.

IISD is registered as a charitable organization in Canada and has 501(c)(3) status in the United States. IISD receives core operating support from the Province of Manitoba and project funding from numerous governments inside and outside Canada, United Nations agencies, foundations, the private sector and individuals.

Head Office

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700
Website: www.iisd.org
Twitter: @IISD_news

