



# COVID-19: ¿Una base legítima para reclamos de inversión?

## International Arbitration Alert

21 April 2020

By: Michael Ostrove | Kate Brown de Vejar | Ben Sanderson

El presente artículo analiza si las medidas tomadas por diferentes estados en respuesta al padecimiento de coronavirus 2019 (COVID-19) podrían representar una base legítima para potenciales reclamos en virtud de los tratados bilaterales de inversión (TBI) u otros instrumentos de protección de inversiones; así mismo, identifica algunas de las posibles defensas que podrían oponer los estados. Un segundo artículo abordará con más detalle aquellas defensas disponibles para los estados bajo el derecho internacional consuetudinario.

## Perspectiva general

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como pandemia la situación COVID-19<sup>[1]</sup>. En vista de la creciente propagación del virus, la OMS llamó a los estados a "tomar medidas urgentes y agresivas". En respuesta, los estados de todo el mundo han adoptado medidas de emergencia en diferentes grados para tratar de limitar el impacto del virus. Dichas medidas van desde solicitar el distanciamiento social y restringir viajes (en el extremo inferior de la escala) hasta el cierre obligatorio de comercios no esenciales y restricciones estrictas a la circulación de

personas (en el extremo superior de la escala). El impacto económico de estas medidas ha ocasionado una desaceleración significativa en la economía global, sin conocerse aún la totalidad del shock económico.

En varios países el incumplimiento de las medidas de emergencia está sujeto a sanciones penales. Como tal, las empresas han debido tomar decisiones difíciles que tendrán un impacto significativo en sus operaciones diarias, así como en su viabilidad financiera futura. Encontramos ya varios casos en que bienes, equipos de manufactura, recursos e instalaciones han sido requeridos para ser empleados por el Estado en la lucha contra el virus. Es probable que algunas empresas puedan ser nacionalizadas mientras que otras caigan en situación de insolvencia como consecuencia de las medidas de emergencia. Los Gobiernos también han implementado esquemas dispares para proporcionar ayuda financiera y otras formas significativas de asistencia gubernamental a empresas y trabajadores.

Dado el alcance sin precedentes de tales medidas en tiempos de paz, los inversionistas y los estados deben ser conscientes de cómo sus derechos y obligaciones bajo los tratados de inversión y otros instrumentos de inversión pueden verse afectados por estos eventos.

## Protecciones de la inversión

Las medidas que han sido adoptadas por varios estados para combatir el COVID-19 representarán, sin duda alguna, la base de reclamos de inversionistas que sentirán que han sido tratados injustamente.

Los fundamentos de tales reclamaciones serán, por supuesto, muy específicos a los hechos en concreto, tanto con respecto a las medidas estatales como a las circunstancias específicas de las inversiones. Antes de presentar cualquier reclamo, los inversionistas deberán considerar cuidadosamente si las medidas adoptadas por los estados tienen el potencial de dar lugar a una violación de cualquiera de los estándares de protección que se encuentran comúnmente en los tratados de inversión. Los estándares de protección que los inversionistas podrían invocar incluyen, entre otros:

- La prohibición de expropiación sin compensación - así como cualquier otro decomiso total o nacionalización. Deberá considerarse si cuestiones tales como cierres forzosos de los comercios o la clasificación de una actividad empresarial como "no esencial" podrían constituir una expropiación indirecta;
- El derecho a un trato justo y equitativo - las medidas COVID-19 pueden ser impugnadas por algunos inversionistas con base en su proporcionalidad, o en si dichas medidas pueden haberse implementado injustamente, tener un efecto desproporcionado en ciertos inversionistas, o bien, favorecer injustamente a los actores de algún sector en perjuicio de otros; y
- El derecho al trato nacional y de la nación más favorecida - por ejemplo, se podría solicitar a los tribunales que consideren si los paquetes de ayuda estatal que se ofrecen a empresas de ciertos sectores o a ciertas empresas propiedad del Estado anfitrión crean un marco de desigualdad.

Dada la situación sin precedentes, queda por verse si tales reclamos en efecto satisfacen las estándares de derecho internacional que los tribunales aplicarán. También debe tenerse en cuenta que muchos TBI incluyen una disposición relacionada con compensación o reparación en tiempos de guerra o conflicto. Algunas de estas cláusulas están redactadas de manera más amplia para abarcar el concepto más general de "emergencia nacional" y podrían proporcionar una base adicional para las reclamaciones. A modo de ejemplo, el TBI entre el Reino Unido y México incluye la siguiente disposición:

Con respecto a la restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debido a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio ocurridos en el territorio de esta última Parte Contratante, recibirán un trato no menos favorable que aquél que esta última Parte Contratante otorgue a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier tercer Estado.. (énfasis añadido)

Queda por verse si los tribunales concluirán que el brote de COVID-19 en un país en particular constituye una emergencia nacional en el sentido de dicha disposición.

## ¿Qué defensas puede tener un estado?

Incluso si un inversionista pudiera establecer que se ha violado un derecho de protección de la inversión, los estados

partes pueden tener una o más defensas válidas para reclamos de violación de los derechos de los inversionistas. Dichas defensas pueden establecerse (i) en la redacción específica del tratado o código de inversión relevante, o (ii) según sea el caso, en el derecho internacional consuetudinario.

### **Defensas en el Tratado**

Si bien muchos tratados y códigos de inversión contienen disposiciones similares, la redacción de cada una varía y, por lo tanto, cada caso requeriría una evaluación independiente.

Durante muchos años, los tratados y códigos de inversión han tendido a adoptar un formato similar según el cual los inversionistas reciben derechos y los estados anfitriones asumen obligaciones con respecto a las inversiones extranjeras. Los estados comúnmente tienen pocas defensas o excepciones que se detallan en los tratados. Sin embargo, en los últimos años, nuevos tratados de inversión han comenzado a incluir disposiciones que han tratado de corregir este percibido desequilibrio entre los derechos otorgados a los inversionistas y las obligaciones impuestas a los estados anfitriones.

A modo de ejemplo, el TBI Modelo de los Países Bajos (2019)<sup>[2]</sup> busca, de manera expresa, evitar reclamos de expropiación indirecta cuando se han tomado medidas para proteger, entre otras cosas, la salud pública:

Excepto en circunstancias particulares en que el impacto de una medida o serie de medidas sea tan grave en relación con su propósito que, de manera manifiesta parezca excesivo, las medidas no discriminatorias de una Parte Contratante que estén diseñadas y aplicadas de buena fe para proteger intereses públicos legítimos, tales como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor, o la promoción y protección de la diversidad cultural, no constituyen expropiaciones indirectas. (Art. 12 (8))

De manera similar, el nuevo Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, y Canadá (USMCA)<sup>[3]</sup> prevé:

Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales. (Anexo 14-B Expropiación, para. 3(b))

Ciertos tratados también contienen una excepción general con respecto a las medidas adoptadas para mantener el "orden público". Por ejemplo, el TBI Japón-Corea (2002) no brinda protección a los inversionistas cuando un Estado toma "cualquier medida necesaria para el mantenimiento del orden público". Las excepciones al orden público solo pueden invocarse cuando se plantea una amenaza genuina y suficientemente grave a un interés fundamental de la sociedad.<sup>[4]</sup> Sin embargo, tales cláusulas son relativamente raras.

### **Defensas en el Derecho Internacional Consuetudinario**

Aun en ausencia de un lenguaje específico en un TBI, un estado puede invocar una variedad de defensas disponibles de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>[5]</sup> establecen seis defensas que los estados pueden invocar para evitar incurrir en responsabilidad. En los Artículos se hace referencia a estas defensas como "circunstancias que excluyen la ilicitud", y se aplican sin perjuicio de cualquier otra excepción o defensa prevista en el TBI aplicable.

De las seis defensas disponibles, aquellas más probables de invocar en relación con las reclamaciones relacionadas con COVID-19 son (i) fuerza mayor (Artículo 23), (ii) peligro extremo (Artículo 24), y (iii) estado de necesidad (Artículo 25). El derecho sobre el estado de necesidad está relativamente bien desarrollada, ya que ha sido una defensa central de la República Argentina ante la gran cantidad de reclamos que enfrentó después de la crisis económica en 2001-2002. La fuerza mayor y el peligro extremo, por su parte, son conceptos legales que se han invocado con mucha menos frecuencia como una cuestión de derecho internacional.

Sírvase a encontrar la versión en Inglés de esta alerta [aquí](#).

Por favor contáctenos si desea más información.

Por favor visite nuestro Coronavirus Resource Center y suscríbese a nuestra lista de distribución para recibir alertas, invitaciones a nuestros seminarios web y demás publicaciones que podrán orientarle en estos tiempos difíciles.

*La presente información no constituye, ni pretende ser, asesoramiento legal. Toda la información, el contenido y los materiales son exclusivamente para fines generales. Ningún lector debe actuar, o abstenerse de actuar, con respecto a cualquier asunto legal en particular con base a esta información sin buscar primero el asesoramiento legal de un abogado en la jurisdicción pertinente.*

---

[1] Discurso de apertura en ronda periodística del Director General de la OMS resumiendo la situación del COVID-19 el 11 de marzo de 2020, disponible en <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

[2] Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos del 22 de marzo de 2019.

[3] Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, firmado el 13 de diciembre de 2019 (no vigente)

[4] Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, signed on 22 March 2002, Article 16(1)(d).

[5] UN General Assembly, Responsibility of States for internationally wrongful acts : resolution / adopted by the General Assembly, 8 January 2008, A/RES/62/61.

## AUTHORS

---



### **Michael Ostrove**

Partner  
Paris | T: +33 1 40 15 24 00  
[michael.ostrove@dlapiper.com](mailto:michael.ostrove@dlapiper.com)



### **Kate Brown de Vejar**

Partner  
Mexico City | T: +52 55 5261 1800  
[kate.browndevejar@dlapiper.com](mailto:kate.browndevejar@dlapiper.com)



### **Ben Sanderson**

Of Counsel  
Madrid | T: +34 91 319 12 12  
London | T: +44 (0)20 7349 0296 [UK Switchboard]  
[ben.sanderson@dlapiper.com](mailto:ben.sanderson@dlapiper.com)

---