



RiUPTC

Repositorio Institucional
UPTC

repositorio.uptc@uptc.edu.co

Una acción coordinada y colectiva por parte de los Estados para evitar o minimizar los reclamos como resultado de medidas adoptadas durante la pandemia Covid-19

Alvaro Galindo¹

Como resultado de la pandemia global producida por el COVID-19, los Estados han adoptado una serie de medidas para proteger la salud pública y atender la emergencia sanitaria que atraviesa la comunidad de naciones.

Entre otras, hay estados que han adoptado medidas relacionadas a la protección de las patentes en el sector de los medicamentos (Ecuador), del sector bancario y financiero (Inglaterra), del sector de los servicios privados de salud (España) y que podrán ser cuestionadas por inversionistas extranjeros más adelante.

Esto puede traer como resultado que dichas empresas busquen proteger sus inversiones invocando la protección de la que pueden ser objeto sus inversiones bajo los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

Los Gobiernos, en respuesta a los reclamos internacionales que puedan ser presentados durante y después de la pandemia, podrían alegar que se encontraban ante un estado de necesidad al momento de adoptar las medidas para la protección de la salud de sus ciudadanos. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que esta estrategia – que busca evitar que un tribunal internacional concluya que hubo una violación de un tratado y que debe pagarse una compensación económica – no siempre es exitosa. El caso argentino (que fuera demandado en más de 30 casos distintos por las mismas medidas regulatorias adoptadas durante la crisis económica de inicios de este siglo) es un claro ejemplo de esta situación. La explicación de

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador, LL.M. por la Universidad de Georgetown. Profesor Adjunto, Georgetown University Law Center- Washington, DC. Consejero Internacional en Dechert LLP asesorando en asuntos complejos de arbitraje internacional, árbitro de la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en la Haya (PCA). ahg5@georgetown.edu



este escenario puede encontrarse en el umbral probatorio del estado de necesidad bajo el derecho internacional (que es muy alto) y también a que algunos tribunales inversionista-estado han juzgado circunstancias fácticas idénticas o muy similares de manera inconsistente.

La falta de claridad sobre cómo serán aplicados los estándares de los AII a las medidas relativas al COVID-19, y el hecho de que no existan precedentes vinculantes en el sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (SCIE), puede incentivar la presentación de múltiples demandas para impugnar medidas similares adoptadas por los Estados. El hecho que los inversionistas puedan recurrir a financiadores de controversias (los llamados “*Third party funders*”) que tengan una participación significativa en la decisión del caso podría generar aún más demandas especulativas en estos tiempos de crisis.

En un momento de crisis sanitaria y de la peor crisis económica del último siglo a nivel global, los gobiernos necesitan contar con suficiente flexibilidad (esto es, “espacio regulatorio”) para adoptar medidas y, como resultado, las acciones que sean necesarias y que estén a su alcance para luchar contra la pandemia sin que exista el temor a ser sometidos a una ola de demandas amparadas en el sistema del arbitraje de inversión bajo tratados. Para evitar este escenario (o, al menos, minimizarlo), los gobiernos podrían tomar acciones conjuntas y colectivas para mitigar los riesgos de reclamos presentados como resultado de las medidas relativas al COVID-19.

Una posibilidad, que ha sido planteada por algunas organizaciones de la sociedad civil (y que entiendo que ya está siendo discutida por algunos Estados) es declarar una moratoria en la aplicación del arbitraje de inversión bajo tratados en torno a las medidas relacionadas con el COVID. Bajo el derecho internacional aplicable y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados esta acción podría implementarse a través de un acuerdo de suspensión bilateral, regional o multilateral de las disposiciones sobre SCIE en los AII.

El llamado que fuera realizado por un grupo de organizaciones no gubernamentales, académicos y expertos internacionales – y que fuera publicado hace pocas semanas a través de una invitación dirigida a los Estados como lo que dicho grupo calificó (y cito) “un peligro inmediato para la capacidad de las naciones en desarrollo, y la comunidad global en su conjunto, de enfrentar el desafío COVID-19.” – para que se implemente una MORATORIA INMEDIATA en todos los reclamos de arbitraje de inversionistas extranjeros en contra de Estados invocando tratados



de inversión, y una **RESTRICCIÓN PERMANENTE** en todos los reclamos de arbitraje relacionados con medidas gubernamentales dirigidas a proteger la salud, es un buen ejemplo de la seriedad que este tema representa para la estabilidad económica y política de muchas naciones.

Esta iniciativa podría ser coordinada por los Estados utilizando foros multilaterales que cuentan con el conocimiento técnico necesario (por ej., bajo el paraguas de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo “UNCTAD” o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “CNUDMI”) y también utilizando otros foros de carácter bilateral y regional que ayuden a conseguir este propósito (por ejemplo, bajo los acuerdos de integración bilateral y regional en materia de comercio).

Además de adoptar medidas encaminadas a la reforma de sus AII (y así minimizar aún más el riesgo de demandas relacionadas con las medidas adoptadas durante la pandemia COVID-19), los Estados deben asegurarse que tales medidas sean adoptadas de manera no discriminatoria y de buena fe y aclarar su intención precisa (como, por ejemplo, los plazos de vigencia de dichas medidas cuando esto sea posible). Los Estados también pueden fortalecer los “sistemas de alerta temprana” existentes para posibles disputas con los inversionistas extranjeros y activar mecanismos alternativos de solución de controversias, como son la negociación y mediación.

Con estos antecedentes, pasamos ahora a realizar algunas recomendaciones que podrían ser tomadas en cuenta por los Estados a la hora de negociar nuevos AII o renegociar los existentes:

1- Estándares de no discriminación como el Trato nacional y el Trato de Nación más Favorecida: Los Estados pueden obtener un grado de flexibilidad con respecto al trato nacional y la NMF. Es posible, por ejemplo, excluir de la protección de estos estándares a las medidas regulatorias específicas (como son las necesarias para la protección de la salud pública), así como a sectores o industrias económicas sensibles o vitales del alcance de la protección bajo estos estándares a fin de cumplir con las necesidades de política pública durante la pandemia.

2- Estándar de Trato Justo y Equitativo: Los Estados pueden aclarar (con el fin de brindar orientación interpretativa a los tribunales arbitrales) el alcance de protección

bajo dicho estándar, proporcionando una lista de obligaciones y aclarando que dicho estándar no impide que los Estados adopten medidas regulatorias de buena fe u otras medidas que persiguen objetivos de política pública legítima.

3- Transferencia de Fondos: Los Estados pueden acordar una lista exhaustiva de pagos o transferencias protegidos bajo este estándar de protección y a su vez acordar excepciones a la transferencia gratuita de fondos en caso de dificultades en la balanza de pagos o crisis económicas graves relacionadas con emergencias sanitarias, como lo es la pandemia Covid 19.

Para concluir, considero que una Moratoria de los casos en marcha y que no están relacionados a la pandemia (como la que fuera propuesta por el Columbia Center for Sustainable Investment, CCSI), puede restarle legitimidad a la propuesta de reforma del sistema. Sin embargo, considero que una restricción temporal a los casos que puedan ser el resultado de medidas adoptadas para proteger la salud y la vida de los ciudadanos y directamente vinculadas a la pandemia, debe ser discutida y analizada con objetividad. La estabilidad política, social y económica de un gran número de países está en juego.