

COVID-19: ¿Surgirán demandas de arbitraje de inversión por las medidas adoptadas por los Estados?

Mayo de 2020

Los gobiernos de todo el mundo han respondido a la pandemia de la COVID-19 con medidas drásticas de alcance diverso. Estas medidas afectan tanto a la economía mundial como a las empresas en muchos sectores. Por ello, es probable que las inversiones extranjeras se vean particularmente afectadas por las nuevas restricciones al comercio, por la fijación de precios, así como por las distintas medidas de alivio económico que han sido adoptadas por los gobiernos. Si bien las normas de protección que se ofrecen a los inversores extranjeros en virtud de los tratados de inversión han sido desarrolladas durante décadas de negociación de tratados y por la práctica arbitral internacional, la naturaleza sin precedentes de la COVID-19 y las medidas estatales que se han tomado, muy probablemente planteará cuestiones novedosas en las controversias sobre inversiones en el futuro cercano.

¿Cómo afectan las medidas de respuesta de los Estados a las inversiones de los inversores extranjeros?

Los Estados alrededor del mundo han adoptado diversas medidas para responder a la crisis sanitaria y económica causada por la COVID-19, muchas de las cuales impactan en los inversionistas extranjeros, ejemplos de dichas medidas son:

- Poderes extraordinarios para los gobiernos: Algunos Estados podrían aprovechar las circunstancias para otorgar facultades regulatorias extraordinarias que resten ámbito de actuación a los parlamentos de los respectivos países. La falta de restricción de los poderes del ejecutivo puede dar lugar a medidas demasiado amplias que afecten gravemente a las empresas que operan en el mercado.
- Regulación de precios y restricciones a la exportación: Para asegurar la suficiencia de los suministros, los gobiernos han introducido regulaciones al comercio de material médico y de otros productos de uso doméstico, imponiendo un controles de precio y prohibiendo las exportaciones. Por ejemplo, en Ecuador el Comité de Comercio Exterior (Comex) prohibió la exportación de mascarillas el pasado 4 de marzo. Esto puede disminuir drásticamente los ingresos por ventas de algunas empresas, incluso para los productos en alta demanda.

- Suspensión o alteración de términos de pago: Como medida de alivio económico, tanto el Salvador como Bolivia han suspendido temporalmente el pago de los servicios públicos para todos los ciudadanos. Por otra parte, el gobierno peruano ha iniciado negociaciones con concesionarios de carretas para la reducción del monto de los peajes, mientras que el Congreso ha anunciado que legislará eliminando el cobro los mismos. Por su parte Argentina ha ordenado la *pesificación* de los pagos a empresas generadores de electricidad los cuales estaban pactados en divisas. Como consecuencia, las empresas de servicios públicos y concesionarios, muchas de las cuales son de propiedad extranjera en América Latina, verán seriamente afectados sus flujos de ingresos.
- Producción ordenada: Los Estados pueden recurrir a las facultades de emergencia para obligar a las empresas a producir suministros médicos, como ya lo ha hecho Estados Unidos ordenando a General Motors que produzca respiradores. La carrera para desarrollar una vacuna también puede revivir interés en nacionalizar las líneas de producción para asegurar un suministro local adecuado.
- Incautación de propiedad privada: En México el presidente López Obrador emitió una orden en la que, entre otros extremos, se señalaba que los recursos sanitarios (incluyendo los privados) quedaban a disposición del Estado. Esto abre la puerta a que se puedan incautar hospitales privados Mexicanos.
- Medidas con impacto indirecto: Incluso cuando las empresas no sean objeto de un ataque directo, los cierres y suspensión de actividades ordenados por el Estado afectan drásticamente a las inversiones privadas en casi todos los sectores económicos. En la mayoría de los Estados latinoamericanos, se ha ordenado cerrar todas las empresas no esenciales hasta nuevo aviso, reduciendo significativamente o totalmente eliminando sus ingresos durante este período. En algunos Estados latinoamericanos esto ha ido más allá, pues se han decretado toques de queda e incluso salidas de las personas de manera escalonada (como las salidas alternas por sexo en Colombia, o según el último dígito de la cédula de identidad en Bolivia). La industria del transporte ha sido una de las primeras víctimas de tales restricciones. Las medidas que restringen los viajes nacionales o el cierre de los espacios aéreos, por ejemplo, han afectado gravemente a las compañías de transporte terrestre, a las concesionarias de aeropuertos y a las líneas aéreas.

Los inversionistas extranjeros, aunque las medidas no estén dirigidas a ellos, pueden verse afectados de manera desproporcionada por tales medidas debido a la naturaleza transnacional de sus negocios, que dependen en gran medida de la apertura de las fronteras y la circulación sin restricciones de personas y bienes.

¿Qué protecciones legales existen para los inversionistas perjudicados?

Muchos países han coordinado sus esfuerzos de respuesta ante la pandemia junto con la industria privada para aplicar las medidas descritas anteriormente de forma voluntaria y amigable. Sin embargo, algunos Estados también han recurrido a acciones unilaterales para responder a la crisis sanitaria, lo que puede alentar a los inversores extranjeros a buscar recursos en virtud de las protecciones contenidas en los tratados de inversión entre los Estados anfitriones y sus Estados de origen.

La mayoría de los tratados de inversión prevén la solución de controversias por medio de tribunales constituidos en virtud del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) u otras reglas de arbitraje. Para presentar una demanda, los inversores agraviados deben cumplir con los requisitos de procedimiento establecidos en el tratado pertinente, que puede requerir, por ejemplo, la notificación previa y la observancia de períodos de “cooling-off” antes de que se pueda presentar una reclamación.

La mayoría de las instituciones arbitrales, incluido el CIADI, se están adaptando rápidamente a los nuevos desafíos planteados por la crisis de la COVID-19 y están fomentando activamente las presentaciones electrónicas y las audiencias en línea para asegurar la continuidad de los procedimientos. Cuando se necesitan medidas cautelares urgentes, las reglas del CIADI, como otras normas de arbitraje, permiten a los tribunales arbitrales ordenar medidas cautelares para preservar los derechos de las partes. Sin embargo, el arbitraje acelerado o “de emergencia” no suele estar disponible en las controversias sobre inversiones.

Las protecciones específicas otorgadas a las inversiones de los inversores dependerán de lo previsto en cada tratado. En el contexto de la emergencia de la COVID-19, entre las protecciones de los inversionistas que probablemente serán invocadas están el trato justo y equitativo, la garantía de trato nacional y la protección contra la expropiación ilegal.

- El estándar de trato justo y equitativo prohíbe las medidas arbitrarias, las que no respetan las garantías procesales, o las que sean irrazonables o excesivas considerando las circunstancias. Al evaluar los alegatos del inversionista, los tribunales arbitrales generalmente sopesarán si los efectos de la medida prevista siguen siendo proporcionados con respecto a los derechos afectados y los intereses.
- En virtud de las cláusulas de trato nacional o de la nación más favorecida, los Estados deben tratar a los inversionistas extranjeros tan favorablemente como a los inversionistas locales, o al menos tan favorablemente como a los inversionistas extranjeros de otros países. Por consiguiente, las medidas estatales que se dirigen específicamente a los inversionistas o a favorecer irrazonablemente a la industria nacional podrían violar estos estándares de protección.
- La mayoría de los tratados exigen que toda expropiación se haga con un propósito público, de acuerdo con el debido proceso y que vaya acompañada de una compensación adecuada. Las incautaciones gubernamentales de propiedad privada u otros actos que destruyen el valor de una inversión pueden dar lugar a reclamaciones de expropiación ilegal, si no van acompañadas de una adecuada compensación.

¿Pueden los Estados plantear la COVID-19 como defensa para las medidas de respuesta?

Los Estados no pueden defender un ejercicio de poderes ilimitados simplemente señalando la crisis mundial engendrada por la COVID-19. Sin embargo, el derecho internacional otorga a los Estados amplias facultades para actuar en situaciones de emergencia, por lo que los Estados podrían invocar una serie de defensas para justificar su conducta de respuesta a la crisis provocada por la pandemia.

La práctica arbitral internacional reconoce que los Estados, en ejercicio de su soberanía, pueden tomar medidas para proteger el interés público de manera razonable y no discriminatoria. Esta defensa permite a los Estados adoptar regulaciones de buena fe y de conformidad con las debidas garantías procesales sin violar obligaciones del tratado.

Algunos tratados de inversión también contienen excepciones explícitas que permiten que el Estado adopte medidas necesarias para proteger la consecución de sus políticas públicas. Una minoría de tratados establece categóricamente que las medidas tomadas en estado de necesidad “no serán objeto de reclamación”, mientras que la mayoría de ellos impone condiciones para que los Estados puedan invocar tal defensa.

Incluso en ausencia de una excepción específica en el tratado, el derecho internacional consuetudinario, tal y como está codificado en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, excluye la ilicitud de un acto de un Estado en distintos casos.

En primer lugar, la defensa de estado de necesidad excusa a los Estados de responsabilidad cuando sus acciones son la única manera de salvaguardar un interés esencial de un peligro “grave e inminente”. Esta defensa, que fue invocada (con resultados mixtos) por Argentina con respecto a las medidas adoptadas durante la crisis de la deuda del país en 2001, podría aplicarse igualmente a las acciones tomadas por estado de necesidad sanitario.

En segundo lugar, un Estado también puede alegar que sus acciones están justificadas por un peligro extremo. Para que esta defensa tenga éxito, el Estado debe demostrar: (i) una amenaza a la vida; (ii) una relación especial entre el Estado y las personas cuyas vidas están amenazadas; (iii) que no había otra forma razonable de actuar ante la amenaza; (iv) que el Estado no contribuyó a la amenaza; y (v) la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Finalmente, la defensa de fuerza mayor es quizás la más limitada, ya que sólo excusa a un Estado de obligaciones cuando un acontecimiento imprevisible ajeno al control del Estado hace que el cumplimiento de las obligaciones del Estado sea imposible. La fuerza mayor no será generalmente una defensa adecuada de los Estados para defender las medidas afirmativas que decidió adoptar.

Conclusión

Los Estados han adoptado medidas muy diferentes que afectan a las inversiones en su territorio, los cuales seguramente afirmarán que dichas medidas son necesarias y justificadas. No se puede negar que estamos en tiempos excepcionales, como los inversionistas también han reconocido. Sin embargo, las defensas indicadas anteriormente no necesariamente abarcarán todas las medidas que un Estado podría tomar, y bien puede haber áreas grises, vinculadas a la amplitud y la importancia de las medidas, el momento de su aplicación y los aspectos de una posible compensación. Para que los Estados eviten la responsabilidad por las medidas adoptadas en respuesta a la pandemia de la COVID-19, será crucial que los Estados sean transparentes sobre el alcance y el propósito de sus medidas, que observen las leyes locales aplicables y los principios fundamentales del debido proceso—tales como como la no retroactividad—el principio de proporcionalidad y que las medidas no favorezcan o discriminen a los inversores en función de su nacionalidad. Es probable que surjan reclamaciones legítimas en materia de inversiones a raíz de las medidas tomadas con ocasión de la pandemia, y tanto los Estados como los inversores deben conocer sus derechos, particularmente cuando se trata de cuestiones tan delicadas y de efectos tan significativos.

Contactos



Oliver (Ollie) J. Armas
Socio, Nueva York
T +1 212 918 3020
oliver.armas@hoganlovells.com



Samaa Haridi
Socia, Nueva York
T +1 212 918 3505
samaa.haridi@hoganlovells.com



Daniel E. González
Socio, Miami
T +1 305 459 6649
daniel.gonzalez@hoganlovells.com



Richard C. Lorenzo
Socio, Miami
T +1 305 459 6652
richard.lorenzo@hoganlovells.com



Luis Enrique Graham
Socio, Ciudad de México
T +52 55 5091 0137
luis.graham@hoganlovells.com



Jose Luis Huerta
Socio, Madrid
T +34 91 349 8200
joseluis.huerta@hoganlovells.com



María Eugenia Ramírez
Socia, Miami
T +1 305 459 6542
maria.ramirez@hoganlovells.com



Omar Guerrero Rodríguez
Socio, Ciudad de México
T +52 55 5091 0162
omar.guerrero@hoganlovells.com



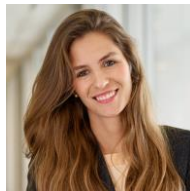
Gonzalo Rodríguez-Matos
Socio, Nueva York
T +1 212 918 3571
gonzalo.rodriguez@hoganlovells.com



Juan C. García
Counsel, Miami
T +1 305 459 6618
juan.garcia@hoganlovells.com



Silvia Martínez
Asociada Senior, Madrid
T +34 91 349 82 93
silvia.martinez@hoganlovells.com



Juliana de Valdenebro Garrido
Abogada Internacional, Miami
T +1 305 459 6663
juliana.devaldenebro@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" o la "firma" es una práctica legal internacional que incluye a Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP y sus negocios afiliados.

La palabra "socio" se utiliza para describir a un socio o miembro de Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP o cualquiera de sus entidades afiliadas o cualquier empleado o consultor con una posición equivalente. Ciertos individuos, que son designados como socios, pero que no son miembros de Hogan Lovells International LLP, no tienen calificaciones equivalentes a las de los miembros.

Para más información sobre Hogan Lovells, los socios y sus calificaciones, consulte www.hoganlovells.com.

Cuando se incluyen casos de estudio, los resultados obtenidos no garantizan resultados similares para otros clientes. Publicidad de abogados. Las imágenes de las personas pueden mostrar a abogados y empleados actuales o anteriores de Hogan Lovells o modelos no relacionados con la firma.

© Hogan Lovells 2020 Todos los derechos reservados.