

# COVID-19, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ARBITRAJES DE INVERSIÓN

---

JUAN PABLO BOHOSLAVSKY<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

Con el fin de minimizar tanto la tasa de contagio del Covid-19 como los efectos de la recesión económica y la crisis social que la pandemia conlleva, la mayoría de los gobiernos están implementando medidas que cubren prácticamente todas las esferas de la vida, incluida la económica. De hecho, los Estados tienen la obligación de implementar medidas proporcionales a la seriedad y escala de la crisis que afrontan a fin de proteger todos los derechos humanos de la población<sup>2</sup>.

Observamos también cómo los grupos más vulnerables<sup>3</sup> sufren las consecuencias de la enfermedad y la crisis económica que induce de una manera diferenciada y agravada: el índice de contagio, su velocidad y letalidad, así como la forma en la que la crisis golpea sus bolsillos y con ello su capacidad inmediata para disfrutar de sus derechos económicos

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Coordina el curso de posgrado sobre “Derechos humanos y políticas públicas en tiempos de Covid-19 en la Universidad Nacional de Río Negro. Entre 2014 y 2020 fue Experto Independiente en Deuda y Derechos Humanos de la ONU.

<sup>2</sup> Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, “Covid-19 Guidance”, 13 de mayo de 2020, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19\\_Guidance.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance.pdf)

<sup>3</sup> Personas que viven en la pobreza, trabajadore/as informales, desempleado/as, mujeres, niño/as, migrantes, personas privadas de su libertad, personas que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, personas con discapacidad, niño/as, etc.

y sociales básicos, lo cual nos lleva a pensar en la desigualdad como una “comorbilidad” en contexto de Covid-19<sup>4</sup>.

Pero muchas empresas e inversores hacen otra lectura: las medidas sanitarias implementadas -básicamente el confinamiento y el distanciamiento social-, aún cuando hayan sido recomendadas por la Organización Mundial de la Salud y tengan una reconocida eficacia para reducir los contagios, así como las medidas económicas dictadas para capear la crisis social inducida por la pandemia, reducen sus tasas de ganancias y por ese motivo el Estado sería responsable. Tal como lo acaba de advertir la UNCTAD<sup>5</sup>, aunque esas medidas sean tomadas con el obvio propósito de proteger el interés público y mitigar el impacto de la pandemia, podrían de todos modos ser desafiadas por inversores extranjeros mediante arbitrajes internacionales.

Esta nota está dirigida a abogado/as especialistas en derecho público con lo que no entraré en detalles acerca de qué son, cómo funcionan y qué riesgos entrañan los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) para la soberanía regulatoria de los Estados. Sólo señalaré que al día de hoy existen 2.400 TBIs vigentes y más de 1.000 arbitrajes internacionales de inversión en litigio.

Si bien aún no se han conocido casos registrados formalmente, de un repaso por los sitios y *newsletters* de los estudios jurídicos y asociaciones de inversores de América Europa, Europa y Estados Unidos, surge claro que la posibilidad de demandar a los Estados por supuesto quebrantamiento de los TBIs está siendo seriamente evaluada. Tal como se advirtió hace unas semanas..., la crisis constituye “una

---

<sup>4</sup> CEPAL, “Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación”, Informe Especial Covid-19 No. 2, 21 de abril de 2020. Un estudio más amplio sobre los efectos de la pandemia, la crisis económico-social y las desigualdades sobre el derecho de propiedad privada, en Juan Pablo Bohoslavsky y Laura Clérico, “El derecho de propiedad en un contexto de extrema desigualdad y Covid-19” en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *Covid-19 y derechos humanos. La pandemia de la desigualdad*, 2020, Ed. Biblos, Buenos Aires, pp. 179-195.

<sup>5</sup> Unctad, “Investment policy responses to the Covid-19 pandemic”, 4 de mayo de 2020, disponible en [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf)

oportunidad para revolucionar el arbitraje y promover y fortalecer sus virtudes (...) y el principio de su explosión”<sup>6</sup>.

Medidas como la exigencia a fabricantes de producir ventiladores (como sucedió con la General Motors en Estados Unidos), la imposición de precios máximos a productos de higiene y medicinales (drogas y kits de testeos), la coordinación mandatoria de clínicas privadas para asegurar una política de salud pública unificada, la prohibición de corte de suministro gas, electricidad y agua (para asegurar el lavado de manos) por falta de pago, la imposibilidad del cobro de peajes en las rutas para minimizar los contagios, el congelamiento o reducción del alquiler para aquello/as inquilino/as que no puedan pagarlo, la suspensión de ejecuciones hipotecarias y otras protecciones de lo/as deudore/as individuales, implementación de control de capitales para minimizar la fuga de capitales y reformas fiscales que avancen hacia esquemas tributarios más progresivos, ya han sido identificados como posibles casos de responsabilidad del Estado por afectación de las inversiones<sup>7</sup>.

La defensa de la fuerza mayor, aún cuando se trate de medidas para proteger –literalmente- la vida y supervivencia de la población, no se traduce automáticamente en una eximente de responsabilidad. La necesidad y la proporcionalidad de las medidas deben probarse, y Argentina sabe lo exigente que suelen ser lo/as árbitros: en la gran mayoría de los arbitrajes de inversión iniciados a causa de la crisis del 2001 se entendió que el colapso económico y social no justificó un número de medidas gubernamentales para proteger los derechos humanos de la población que afectaron los intereses de los inversores. El colapso económico de Argentina en 2001, la crisis financiera global de 2008-9 y la Primavera Árabe de 2011 constituyeron oportunidades

---

<sup>6</sup> Caroline Simson, “Third-Party Funders’ Business Is Booming During Pandemic”, Law 360, 8 de abril de 2020, Lexis Nexis, disponible en <https://www.law360.com/legalethics/articles/1261213/third-party-funders-business-is-booming-during-pandemic>

<sup>7</sup> Corporate Europe Observatory, “Cashing in on the pandemic: how lawyers are preparing to sue states over COVID-19 response measures”, 18 de mayo de 2020, disponible en <https://corporateeurope.org/en/2020/05/cashing-pandemic-how-lawyers-are-preparing-sue-states-over-covid-19-response-measures>

para que los inversores demandaran a los Estados. Nada hace pensar que no intentarán hacer otro tanto con respecto a las medidas tomadas para combatir la pandemia.

El 90% de los TBIs hoy vigentes pertenecen a la llamada *vieja generación*, que se caracterizan por no contener prácticamente ninguna excepción justificada en el interés público, ofreciendo así a los Estados un margen de maniobra muy estrecho. Las fuentes clásicas del derecho internacional, incluida la costumbre internacional, son mucho más sensibles y sensatas al momento de articular las obligaciones de los Estados y los derechos de los sujetos no estatales en contextos extraordinarios como el que atravesamos.

Junto a grupo de experto/as internacionales, en una iniciativa organizada por el Centro de Derecho Sustentable de la Universidad de Columbia, el 6 de mayo de 2020 hicimos un llamamiento (ver anexo a esta nota)<sup>8</sup> a la comunidad internacional para el dictado de una inmediata moratoria de todos los arbitrajes de inversión en trámite (los que ya existían antes del brote de la pandemia) y la restricción permanente de nuevos arbitrajes que desafíen las medidas tomadas dirigidas a atender las dimensiones sanitarias, sociales y económicas de la pandemia hasta tanto los Estados hayan acordado los principios en base a los cuales se resolverán los casos de arbitraje de inversión de manera que no amenacen ni perjudiquen los esfuerzos de recuperación que de buena fe hagan los países. De hecho, El Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable ya preparó un borrador de acuerdo internacional para prevenir y limitar casos de arbitrajes de inversión relacionados con medidas para capear la pandemia y sus efectos sociales y económicos<sup>9</sup>.

En esta breve nota sólo se intenta generar atención sobre un riesgo cierto que sobre la soberanía y los derechos humanos que se cierne

---

<sup>8</sup> “Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response”, 6 de mayo de 2020, <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

<sup>9</sup> “Acuerdo para la Suspensión Coordinada de la Solución de Controversias entre Inversores y Estados con respecto a las Medidas y Controversias asociadas a la COVID-19”, 4 de mayo, disponible en <https://www.iisd.org/event/consultations-concerted-response-covid-19-related-isds-risks>

sobre todos los países, incluido Argentina. Existe una serie de preguntas fundamentales cuyas respuestas será necesario elaborar en futuras investigaciones; aquí sólo se presentan algunas ideas para contribuir a la discusión:

1) Si bien los Estados están movilizando desesperadamente sus recursos domésticos para capear la crisis, la comunidad internacional también está haciendo sus esfuerzos. Por ejemplo, los organismos multilaterales de crédito, con el FMI y el Banco Mundial a la cabeza, están implementando programas de alivio para los países más endeudados y más de 80 países ya han aplicado a sus líneas de crédito de emergencia. ¿Es legítimo que esos fondos aportados por los contribuyentes de los países miembros de esos organismos sean erosionados por los arbitrajes de inversión? ¿Es justo que los acreedores financieros acepten quitas en sus créditos a causa de la recesión provocada por el Covid-19, mientras que los inversores extranjeros que pueden ampararse en los TBIs no aceptan asumir ningún coto como consecuencia del colapso económico mundial? Estas preguntas necesitan y justifican una respuesta multilateral coordinada, tal como se sugiere en el llamamiento internacional mencionado antes.

2) Siendo que los acreedores financieros lograron en el pasado reciente abrir con éxito la jurisdicción del CIADI para formular reclamos relacionados con la reestructuración de la deuda argentina, ¿podrían hacer lo mismo ahora los acreedores disidentes del acuerdo que está siendo negociado por el Estado argentino?. Dadas las profundas repercusiones de las crisis de la deuda sobre los derechos humanos, resultaría peligroso que los TBIs se convirtieran en un foro para resolver las controversias relativas deudas soberanas. Si bien la comunidad internacional ha estado desplegando esfuerzos para prevenir o minimizar los litigios de los acreedores disidentes, al mismo tiempo que las IFIs implementan programas de alivio de deuda y abren líneas de asistencia financiera extraordinaria, el arbitraje en materia de inversiones puede abrir una nueva puerta para que dichos acreedores apliquen estrategias disruptivas. Por ende, el sistema vigente de arbitraje en materia de inversiones puede dificultar la recuperación económica y socavar la financiación estatal de los servicios públicos y las instituciones del Estado que hacen efectivos

los derechos humanos<sup>10</sup>. Otra vez se evidencia aquí la necesidad de generar instancias multilaterales para definir los alcances de los TBIs en el contexto del Covid-19.

3) ¿Cómo se resuelve el evidente conflicto normativo entre, por un lado, proteger las expectativas de ganancias de los inversores y, por el otro, proteger los derechos humanos de la población, incluyendo la necesidad de contar con recursos fiscales para asegurar una política sanitaria eficaz y un nivel de vida adecuado para la población? Desde una perspectiva del derecho internacional, y de acuerdo a las pautas elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU<sup>11</sup>, existe una necesidad de armonización a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la juridicidad y, consecuentemente, a la coherencia. Ningún TBI prescinde expresamente de la aplicación de convenciones de derechos humanos. De hecho, el artículo 42 de la convención del CIADI, el 31.3.c de la Convención de Viena y las cláusulas abiertas de los TBIs que se refieren a la aplicación del derecho internacional ofrecen las ventanas formales para que el derecho de las inversiones sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos.<sup>12</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos podría, en cualquier caso, propiciar un control de convencionalidad de las resoluciones adoptadas en esos arbitrajes de inversión. A la luz de su reciente resolución “Pandemia y derechos humanos en las Américas”<sup>13</sup>, y su énfasis en la política fiscal robusta que se necesita para afrontar la pandemia, la Comisión podría jugar un rol clave en el esclarecimiento de la responsabilidad de los Estados y los derechos de los inversores en la región en el contexto del Covid-19.

---

<sup>10</sup> Juan Pablo Bohoslavsky, “Disputas de deuda, arbitrajes internacionales de inversión y derechos humanos”, Informe a la Asamblea General, UN Doc. A/72/153, 2017.

<sup>11</sup> Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. A/CN.4/L.702, 2006.

<sup>12</sup> Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Justo, “Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión”, CEPAL, UN Doc. LC/W.375, 2011.

<sup>13</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, No.1/2020, 10 de abril de 2020.

4) ¿Cuáles son las estrategias de corto plazo que podrían desplegar los Estados para evitar tener que asignar recursos humanos y económicos a atender arbitrajes de inversión en el medio de la pandemia? Obviamente, las decisiones gubernamentales con incidencia potencial sobre las inversiones extranjeras deberían pasar por el escritorio de abogado/as especialistas en TBIs antes de ser aprobadas, de manera que la necesidad y la proporcionalidad sean presentadas de manera explícita y contundente.

5) En el mediano plazo, ¿se justifica mantener un enclave legal para lo/as más rico/as del planeta, que les asegure una protección de sus inversiones mucho más favorable que la ofrecida a otros segmentos de la población que de hecho sufren las consecuencias de la pandemia de una manera desproporcionada?

---

## ANEXO

### LLAMADO A LA MORATORIA DE ISDS DURANTE LA CRISIS Y RESPUESTA DE COVID-19<sup>14</sup>

#### Iniciativa del Centro de Desarrollo Sustentable de la Universidad de Columbia

*6 de mayo de 2020*

Tiempos extraordinarios requieren medidas extraordinarias. La pandemia de COVID-19 es la mayor amenaza para la humanidad desde la Segunda Guerra Mundial. El destino de miles de millones de personas, y potencialmente millones de muertes, están en juego, particularmente en el mundo en desarrollo. El Secretario General de las Naciones Unidas ha reconocido que COVID-19 es „la lucha de una generación“. Por esta razón, la comunidad global ha tomado y continúa

---

<sup>14</sup> Disponible en <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

tomando acciones extraordinarias y necesarias. Más de la mitad de la economía mundial está bloqueada y las consecuencias económicas relacionadas generan un gran estrés en las economías frágiles. Las dificultades económicas están en aumento. Gran parte de la economía mundial está cerrada y 191 países han cerrado escuelas, lo que afecta al 91% de todos los estudiantes a nivel mundial. La OIT predice una enorme cantidad de pérdidas de empleos, mientras que la gente en muchos países cae en la pobreza, invirtiendo una década o más de progreso en la reducción de la pobreza. Los países del G20 están implementando un punto muerto en el servicio de la deuda soberana en 2020 para los países más pobres del mundo, y seguramente habrá un alivio extraordinario después de eso.

En este sentido, hacemos un llamado a la comunidad mundial para una MORATORIA INMEDIATA en todos los reclamos de arbitraje de corporaciones privadas contra gobiernos que usan tratados de inversión internacional, y una RESTRICCIÓN PERMANENTE en todos los reclamos de arbitraje relacionados con medidas gubernamentales dirigidas a las dimensiones de salud, económicas y sociales de la pandemia y sus efectos. Estos casos de inversionista-estado (a menudo denominados casos de „ISDS“) facultan a las compañías privadas extranjeras para desafiar las acciones del gobierno que afectan intereses corporativos estrechos, y a menudo resultan en grandes pagos, a veces de miles de millones de dólares, a estas compañías por supuestas ganancias perdidas. Estas demandas representan un peligro inmediato para la capacidad de las naciones en desarrollo, y la comunidad global en su conjunto, de enfrentar el desafío COVID-19.

Hay tres razones para una moratoria inmediata.

- Primero, los cierres de negocios necesarios y otras respuestas de emergencia crearán cambios sin precedentes en el entorno comercial que probablemente desencadenarán una gran cantidad de reclamos injustificados. Los inversores extranjeros afirmarán que han perdido sus ganancias esperadas. Y esto será cierto, pero por la razón vital de que todas las empresas de la sociedad se enfrentarán a una situación sin precedentes. Los gobiernos tienen el deber de proteger a sus ciudadanos y detener la pandemia sin temor a demandas por parte de empresas extranjeras o accionistas

extranjeros; Por lo general, estos son reclamos que ni siquiera pueden ser presentados contra los gobiernos por sus propias compañías nacionales.

- En segundo lugar, los gobiernos deben dirigir su atención al control urgente de la crisis de COVID-19, y no dejarse distraer por las empresas y accionistas extranjeros que podrían aprovechar la crisis utilizando vagos estándares de tratados de inversión para presionar sus reclamos.
- En tercer lugar, las adjudicaciones contra los gobiernos, con frecuencia en millones o miles de millones de dólares, que pueden representar porcentajes considerables de los presupuestos de los gobiernos, pesarían en gran medida contra las graves crisis presupuestarias que enfrentan los países en desarrollo en el contexto de la pandemia COVID-19. Como advirtió el Fondo Monetario Internacional, la recesión económica en 2020 será la más severa desde la Gran Depresión. Los gobiernos deben garantizar que el ISDS no profundice la inevitable crisis fiscal.

Por lo tanto, pedimos una moratoria completa de todos los reclamos de ISDS hasta que la pandemia haya pasado y los gobiernos hayan acordado los principios para garantizar que los futuros casos de arbitraje no obstaculicen los esfuerzos de recuperación de buena fe de los países. Estos principios deben reconocer el alcance completo y claro que los gobiernos tienen, y están obligados, a tomar todas las medidas apropiadas para salvar vidas y combatir emergencias globales, incluso cuando el resultado es una pérdida de ganancias u oportunidades de negocios, incluso por parte de inversionistas extranjeros. Además, deben asegurarse de que cualquier daño otorgado en los casos de ISDS debe respetar la grave situación financiera que enfrentan los gobiernos después de la emergencia COVID-19. A falta de estos principios claros, no habrá base para reiniciar los procesos de ISDS.

Hacemos un llamado a los países individuales para avanzar en este esfuerzo, y las Naciones Unidas y las agencias especializadas, el Grupo del Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y otras organizaciones multilaterales para implementarlo. De manera similar, pedimos a todas las personas de conciencia, incluidos los abogados que inician y los árbitros que

deciden estos casos de arbitraje, que pongan la vida de las personas por delante de los intereses corporativos en este momento grave que enfrenta la humanidad.

**Phil Bloomer**

Director Ejecutivo, Centro de Recursos de Empresas y Derechos Humanos

**Juan Pablo Bohoslavsky**

Ex Experto Independiente de la ONU sobre deuda externa y derechos humanos (2014-2020)

**Sharan Burrow**

Secretaria General, Confederación Sindical Internacional (CSI)

**Carlos Correa**

Director Ejecutivo, Centro Sur

**Olivier De Schutter**

Relator Especial de la ONU sobre pobreza extrema y derechos humanos

**Kerry Kennedy**

Presidente, Robert F. Kennedy Derechos Humanos

**Justin Yifu Lin**

Profesor y Decano de Nueva Economía Estructural, Universidad de Pekín; Ex economista jefe del Banco Mundial

**Dani Rodrik**

Profesor Fundación Ford de Economía Política Internacional, Escuela de Gobierno John F. Kennedy, Universidad de Harvard; Presidente electo, Asociación Económica Internacional

**Jeffrey D. Sachs**

Profesor Universidad de Columbia; Director, Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas

**SE María Fernanda Espinosa Garcés**

Presidenta de la 73ª Sesión, Asamblea General de la ONU (2018-2019); Ministro de Asuntos Exteriores del Ecuador (2017-2018)