

América Latina entre la crisis de la pandemia y el arbitraje de inversiones.

Por: Cecilia Olivet, Bettina Müller. alai. 27/08/2020

Perú, México, Argentina, Bolivia y Guatemala son algunos de los países de América Latina que están siendo impactados por el régimen de protección de inversiones en medio de la pandemia del Covid-19. Inversores extranjeros que amenazan con demandas ante tribunales de arbitraje internacionales por las medidas estatales tomadas para mitigar los efectos de la pandemia. Árbitros que se niegan a aceptar los pedidos de los Estados de posponer arbitrajes en curso, y que los obligan a desembolsar millones en momentos donde los fondos públicos tienen destinos más urgentes. La crisis actual pone una vez más de manifiesto las perversas consecuencias del sistema de solución de disputas inversor-Estado y la necesidad urgente de salirse del mismo.

América Latina y el Caribe sufren desde hace décadas las consecuencias de haber firmado más de [470 tratados](#) de comercio y de protección de inversiones que han derivado en [casi 300 demandas](#) conocidas de inversores extranjeros contra Estados de la región ante tribunales de arbitraje internacional. Sin embargo, la pandemia de COVID-19 y la crisis que desencadenó, podría exacerbar los riesgos del régimen de protección de inversiones al desatar una nueva ola de demandas.

“Los tratados de protección de inversiones ya no se consideran remedios de último recurso, sino herramientas importantes en el arsenal de los inversores”, bufete de abogados [Simmons and Simmons](#).

Impactos del régimen de protección de inversiones en América Latina¹

Las 282 demandas de arbitraje de inversores conocidas contra países de América Latina y el Caribe la ubican como la segunda región más demandada del mundo. La gran mayoría de los casos resueltos fueron favorables para el inversor y suman 31.000 millones de dólares que los Estados latinoamericanos fueron ordenados o acordaron pagar en base a esas demandas. Eso es más de tres veces el monto que el Banco Mundial, el Banco Interamericano para el Desarrollo y el Banco de Desarrollo de América Latina han puesto conjuntamente a disposición de los países

de la región en forma de préstamos para combatir la crisis del Covid-19 hasta julio de 2020.²

El total que reclaman los inversores en las demandas pendientes (donde se conoce el monto) asciende a 40.000 millones de dólares.

Perú – primer país del mundo en recibir amenazas de demandas de arbitraje por medidas relacionadas al COVID-19

Esto seguro nos va a generar seis acciones de arbitraje en el CIADI [el Centro de Solución de Disputas Inversor-Estado del Banco Mundial]” [declaró la presidenta del Ositrán](#), organismo del gobierno de Perú que supervisa la inversión en infraestructura de transporte de uso público, cuando el Congreso peruano aprobó a principios de abril una ley que suspendía el cobro de peajes nacionales durante la emergencia suscitada por la crisis del coronavirus. El [objetivo de esta medida](#) era facilitar el transporte de bienes o trabajadores esenciales en un momento en que muchos peruanos habían perdido sus ingresos.

[Bufetes de abogados internacionales](#) no han tardado en cuestionar las medidas soberanas adoptadas en América Latina y el resto del mundo, y justificar cómo podrían dar lugar a demandas internacionales de arbitraje, para las cuales, por supuesto, ofrecen sus servicios especializados. Por ejemplo, un abogado del bufete Alston & Bird ([minuto 49:20](#)) cuestionó la proporcionalidad y la necesidad de la medida adoptada por Perú. Afirmó que el Gobierno podría haber adoptado otras medidas menos perjudiciales para proteger la salud pública, como introducir alternativas tecnológicas al cobro de peajes en persona.

Las advertencias sobre posibles demandas se empezaron a materializar en junio cuando se [confirmó](#) que varios concesionarios de peaje habían notificado su intención de iniciar arbitraje internacional.

“Es razonable predecir que las medidas tomadas por los Estados, en particular por el Perú, generarán más de una controversia”, [Pablo Mori Bregante](#) del bufete de abogados GST LLP

Con el objetivo de [“contener a los concesionarios”](#), el Poder Ejecutivo peruano inició en junio una acción de inconstitucionalidad para revertir la ley que suspende el pago de peajes. En su justificación sobre esta medida, la Ministra de Economía de Perú,

María Antonieta Alva, [dejó en claro](#) que busca evitar “*las contingencias que vamos a tener en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). No solamente hay posibilidades de que nos denuncien, no solamente nos va a costar todos los procesos, los abogados. Vamos a tener que pagar indemnizaciones*”.

Las amenazas de demandas de arbitraje generalmente buscan, y en muchos casos [logran](#), llevar a que los gobiernos se auto-censuren de avanzar legislación para evitar ser demandados por millones de dólares, efecto que se conoce como “[enfriamiento regulatorio](#)”. Las empresas avanzarán o no con las demandas dependiendo de la decisión de la Corte Constitucional en Perú.

México- amenazada por los gigantes de la energía

México fue el segundo país de América Latina en recibir amenazas de demandas de inversores por medidas tomadas en relación a la crisis de COVID-19, en este caso por imponer restricciones a la producción de energía renovable luego de una caída en la demanda de electricidad causada por la pandemia.

Entre el [29 de abril](#) y el [15 de mayo](#), momento crítico para el país por el incremento acelerado de los casos de COVID-19, el gobierno emitió dos resoluciones que suspenden la entrada en operación de plantas de energías renovables y limitan la generación por centrales eólicas y fotovoltaicas.

Estas medidas afectan principalmente a grandes empresas multinacionales energéticas europeas – como son las españolas Iberdrola, Naturgy o Acciona, la italiana Enel y la francesa Engie- y a empresas canadienses y estadounidenses que invirtieron en el sector de energía renovable en México aprovechando [contratos leoninos](#). El gobierno [argumentó](#) que los cambios introducidos, que dan mayor poder al gobierno para controlar el mercado energético mexicano, eran necesarios durante la pandemia y están destinadas a “mantener la seguridad e independencia energética” y garantizar “el suministro eléctrico”, especialmente de servicios esenciales como el sistema de salud.

La reacción casi inmediata de varios de los bufetes internacionales especializados en inversiones, como [DLA Piper](#), fue la de alertar que “los inversores extranjeros involucrados en proyectos de generación de electricidad eólica y solar en México pueden considerar sus derechos y posibles recursos en virtud de los tratados de

inversión aplicables”. El reconocido árbitro español [Bernardo Cremades](#) también avizoró que *“La protección interna de sus empresas puede llevar a AMLO a enfrentar cuantiosas demandas [...] es previsible que los inversores acudan a los mecanismos de arbitraje de los tratados de protección de inversiones”*. El bufete [Crowell & Moring](#) determinó que las medidas *“ponen en peligro las inversiones extranjeras en proyectos de energía renovable”* y se adelantaron a ofrecer sus servicios especializados en arbitraje internacional a inversores en México.

Algunas de las empresas españolas afectadas ya comenzaron a [preparar demandas de arbitraje](#) internacional contra el gobierno de México. Así mismo, empresas canadienses, entre ellas [ATCO](#) la compañía de infraestructura en energía mas grande de Canadá, también [advirtieron](#) que las medidas del gobierno podrían violar el TLCAN 2.0.

Entre las empresas que se preparan a demandar resaltan tres características. Primero, varias tienen amplia experiencia en usar el arbitraje de inversiones contra Estados, incluso contra el mismo México, para obtener ganancias por inversiones fallidas. Por ejemplo, la canadiense ATCO [demandó](#) en 2018 a la empresa estatal de electricidad -Comisión Federal de Electricidad (CFE)- con base en un contrato ante la Corte de Arbitraje Internacional en Londres cuando se [suspendió la construcción del gasoducto Ramal-Tula](#) por la oposición social al proyecto. Por su parte, Naturgy tiene abierta una [demanda contra Colombia](#) por 1600 millones de dólares y ganó 2000 millones de dólares en un [arbitraje contra Egipto](#) y se prepara para lanzar nuevos arbitrajes contra Argelia y Nigeria, entre otros. La española Iberdrola también ha utilizado el arbitraje de inversiones contra [Bolivia](#) y [Guatemala](#).

Segundo, en general se trata de grandes empresas multinacionales con portafolios de inversiones en combustibles fósiles, a pesar de que en México tengan inversiones en el sector de energía renovables. Es más, en algunos casos, como el de la gigante Iberdrola, han sido [enemigos históricos](#) de las energías renovables.

“Las grandes empresas eléctricas, bajo el paraguas del capitalismo verde, ven en el sector de las renovables una oportunidad para diversificar sus estrategias de acumulación de capital.”, [OMAL](#)

Tercero, tienen un historial ampliamente documentado de violaciones de derechos humanos y sociales, las cuales se mantienen impunes dada la falta de mecanismos

de sanción. Por ejemplo, Iberdrola, quien [controla](#) una gran parte del mercado eléctrico mexicano, ha sido [acusada](#) de corrupción, criminalización y desplazamiento de las comunidades locales y de no haber realizado una consulta previa, libre e informada, violando el convenio 169 de la OIT. Detallados [informes](#) sobre los parques eólicos en Oxaca muestran como la empresa ha evitado pagar impuestos y ha firmado [contratos en detrimento](#) de los campesinos que aceptaron rentar sus tierras.

Argentina – presionada por fondos buitres y el bufete de abogados White & Case

El 22 de mayo, en medio de la pandemia, Argentina no pudo pagar parte de su deuda pública con un grupo de bonistas internacionales, entre ellos BlackRock -la empresa estadounidense de gestión de inversiones más grande del mundo. Este [“default”](#) ocurrió en el medio de una dura negociación con los acreedores para reestructurar USD 66.000 millones en deuda, medida considerada necesaria incluso por el [Fondo Monetario Internacional](#). El gobierno y los bonistas [sellaron un acuerdo](#) el 4 de agosto de 2020, en el cual Argentina cedió pagar 54,8 dólares por cada 100 de deuda. Este monto es muy cercano a los 56 dólares que demandaban los principales tenedores de bonos liderados por BlackRock, y lejos de la [oferta inicial de Argentina](#) de 39 dólares, dejando en claro que las [presiones](#) de las empresas surtieron efecto.

Parte de estas presiones vinieron en forma de amenazas de demandas internacionales. White & Case es el bufete de abogados estadounidense que asesora al grupo de tenedores de bonos argentinos liderados por BlackRock. El 17 de junio emitieron un [comunicado](#) con una amenaza directa: “nuestro Grupo está considerando todos los derechos y recursos legales disponibles”. Entre las posibilidades de recursos legales está la de iniciar una demanda de arbitraje de inversiones.

La posibilidad de un caso de arbitraje de inversiones de tenedores de bonos contra Argentina no es descabellada. White & Case no es cualquier bufete, forma parte de la élite de bufetes especializados en arbitraje de inversiones, habiendo participado en por lo menos [73 casos](#) inversor-Estado llevados adelante en el CIADI. Pero aún más relevante es el hecho que White & Case fue el bufete que representó a 60.000 tenedores de bonos italianos que demandaron a la Argentina (el [caso Abaclat](#)) en 2007 al no aceptar la reestructuración de la deuda después de la crisis del 2001.

Este bufete aseguró en 2016 un pago de [1.350 millones de dólares](#) para los 60.000 bonistas.

Argentina: ejemplo de cómo los inversionistas extranjeros utilizan los acuerdos de protección de inversiones para [demandar a países en crisis](#).

Las disputas inversor-Estado “suelen seguir a crisis económicas, financieras y de otra índole”. Abogados del bufete [Debevoise & Plimpton](#)

En 2001, Argentina pasó por la peor crisis económica y social de su historia. Para mitigar los efectos de la crisis, el Estado argentino tomó medidas como el congelamiento de las tarifas de servicios públicos y la reestructuración de la deuda. Los inversores extranjeros “afectados” iniciaron [43 demandas](#) relacionadas a la crisis. En la gran mayoría (77%) salió beneficiado el inversor, sea por laudo de tribunal o acuerdo entre partes. Argentina fue ordenada o acordó pagar a los inversores un total de por lo menos 3.300 millones de dólares. A pesar de la situación social devastadora, en 11 de los 14 casos en que Argentina utilizó el estado de necesidad como defensa, pero los tribunales de arbitraje rechazaron el argumento.³

Otros bufetes de abogados especializados en arbitraje internacional, como [Dechert](#), no dudaron en avizorar “disputas inminentes en relación a bonos soberanos”.

“Las protecciones ofrecidas por el derecho internacional de inversiones pueden proporcionar a los acreedores con un recurso contra un Estado [...] que incumple o reestructura su deuda soberana, incluso cuando estas medidas sean necesarias o inevitables”, bufete de abogados [Dechert](#)⁴

Aun cuando Argentina haya evitado por el momento una de estas “inminentes” demandas, la amenaza de los bonistas es una táctica intimidatoria efectiva y probablemente contribuyó a que el gobierno cediera en otorgar una oferta más favorable.

Bolivia – pide, sin éxito, la suspensión de procesos de arbitraje mientras que lidia con la pandemia

El gobierno de Bolivia, mientras atraviesa la peor crisis política de la última década, no solo tiene que atender la crisis sanitaria y económica que desató la pandemia de

COVID-19, sino también tiene que [dar la pelea en cuatro demandas](#) de empresas privadas ante tribunales internacionales de arbitraje donde hay millones de dólares en juego.

“Los cuatro juicios de arbitraje internacional suman entre ellos más de 3 mil millones de dólares en jurisdicción arbitral internacional, lastimosamente no fueron suspendidos pese a la pandemia”, José María Cabrera, [procurador General del Estado de Bolivia](#)

En este contexto, el gobierno de Bolivia pidió la suspensión del arbitraje en dos de los casos abiertos relacionados con minería: con la empresa suiza [Glencore](#) y con el inversor estadounidense Julio [Miguel Orlandini Agreda](#). Sustentó estos pedidos argumentando “causas de *fuera de fuerza mayor* derivadas de la actual pandemia de COVID-19” ([p.2](#)) y que las diversas medidas aplicadas por los países en respuesta al COVID-19 habían hecho “virtualmente imposible” ([p.5](#)) entregar los documentos requeridos. También explicó que “las medidas relacionadas con la cuarentena han mermado severamente su capacidad para preparar” ([p.3](#)) los documentos que le corresponde presentar.

Los árbitros en ambos casos rechazaron la suspensión de los casos. Los árbitros del caso Glencore, por ejemplo, indicaron que el tribunal “no considera que exista base suficiente para suspender este procedimiento” ([p.6](#)). En el caso Orlandini Agreda, los árbitros estimaron que la suspensión no era necesaria ya que en otros casos “el procedimiento no se ha suspendido ni se ha determinado que fuese imposible continuar” ([p9](#)).

“El Tribunal no puede ignorar los efectos de la presente crisis sanitaria global y, por otro lado, el Tribunal también debe [...] adherirse a sus obligaciones de evitar retraso”, [árbitros](#) en el caso Glencore vs Bolivia.

El gobierno argumenta que, con su decisión, el tribunal “ha impedido a Bolivia de ejercer su derecho a la defensa” ([p.8](#)).

Guatemala – le niegan posponer el pago a inversores a pesar de la crisis

La empresa eléctrica estadounidense TECO, representada por el bufete de abogados White & Case, se encuentra en una [batalla legal](#) para efectivizar el cobro

de un laudo arbitral favorable de 21 millones de dólares contra Guatemala. Se estima que, al día de hoy, contando los intereses, ese [laudo valdría 36,5 millones de dólares](#).

El pago del laudo arbitral a TECO tiene que ser confirmado en las cortes de Estados Unidos. Guatemala, habiendo declarado un estado de [calamidad nacional](#) a raíz de la pandemia, pidió la suspensión del pago, [alegando](#) “el pago del mismo agravaría la situación económica del país en un momento en el que tiene que hacer frente a la pandemia del Covid-19”. Sin embargo, un [juez estadounidense](#) del Distrito de Columbia de los Estados Unidos rechazó el pedido de Guatemala.

Para Guatemala, el [segundo país más pobre](#) de Latinoamérica, donde el sistema hospitalario ha [colapsado](#) a raíz de COVID-19, los millones en juego son significativos. Por ejemplo, el gobierno podría con ese dinero pagar por 108.000 camas extra para pacientes con COVID-19.⁵ Así también este monto equivale a 24% del presupuesto adicional que recibió el Ministerio de Salud para lidiar con la crisis sanitaria actual.⁶

Inversores extranjeros siguen registrando demandas de arbitraje a pesar de la crisis

Las presiones a la que se ven sometidos los países de la región para lidiar con la crisis sanitaria, social y económica, resultado de la actual pandemia, no ha sido un impedimento para que los inversores extranjeros den tregua a los Estados. Por el contrario, la llegada de nuevas demandas de arbitraje no ha cesado durante la pandemia.

Desde principios de marzo 2020 hasta fines de julio, se han registrado al menos [16 nuevas demandas de arbitraje](#) a nivel mundial, de las cuales nueve fueron contra países de América Latina y el Caribe – tres demandas se dirigieron contra Colombia, dos contra México, dos contra Perú y dos contra Panamá.⁷

Aunque estas demandas no están directamente relacionadas a medidas estatales correspondientes a la pandemia, desvían fondos y esfuerzos desde donde más se necesita: combatir la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias socio-económicas.

Bufetes de abogados internacionales advierten de otras posibles demandas contra países de América Latina

Desde principios de la pandemia, bufetes internacionales de abogados empezaron a [especular sobre posibles demandas](#) de arbitraje internacional relacionadas a las medidas estatales resultado del COVID-19. El bufete [Ropes & Gray](#) por ejemplo opina que *“para las empresas con inversiones extranjeras, los acuerdos de inversión podrían ser un instrumento poderoso para recuperar o prevenir las pérdidas resultantes de las medidas gubernamentales relacionadas con el COVID-19”*.

En decenas de avisos escritos a sus clientes corporativos, los [bufetes de abogados](#) identifican medidas tomadas por gobiernos, entre ellos latinoamericanos, que podrían originar demandas invocando las amplias protecciones de los acuerdos de protección de inversiones vigentes.

“Esta nueva generación de reclamos va a poner ‘bajo la lupa arbitral’ los límites del estado para regular y gestionar situaciones de crisis, la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas”, [Aníbal Sabater](#), socio del bufete Chaffetz Lindsey.

Por ejemplo, Colombia, Honduras, Paraguay y Argentina han [adoptado](#) medidas que proveen apoyo directo a los usuarios de agua, tales como suspender la desconexión del servicio por falta de pago durante la crisis. El [bufete Hogan Lovells](#) alertó que esas medidas *“podrían alentar a los inversores extranjeros a recurrir a las protecciones que figuran en los tratados de inversión”*.

Por su parte, [Chile](#) y [Ecuador](#) han facilitado la emisión de licencias obligatorias que buscan evitar que las patentes sobre medicamentos y equipos puedan ser monopolizados por una empresa. Sin embargo, los abogados de arbitraje en materia de inversiones consideran ([webinario minuto 6:48](#)) que las medidas de los *“gobiernos (...) de obligar a los fabricantes a que vendan medicamentos a precios muy reducidos o de quedarse con la propiedad intelectual o difundirla a terceros sin permiso”* constituyen una expropiación y podrían dar lugar a demandas en virtud de tratados de inversión.

“Argentina le mostró al mundo en 2002 cómo una crisis económica y política puede ser un catalizador para los reclamos de arbitraje de inversión. Una vez que agregamos una pandemia global a la mezcla,

parece probable que veamos una nueva ola de reclamos de inversión, especialmente a la luz de las recientes medidas gubernamentales”, [Aníbal Sabater](#), socio del bufete Chaffetz Lindsey

La actitud general de los bufetes se ve representada por la declaración de Alex Yanos del bufete de abogados Alston & Bird, quien sentenció ([webinario minuto 1:01:36](#)) *“algunos Estados terminarán por perder casos ante inversores, más allá de que pueda parecer injusto”*.

COVID-19: ¿la gota que derramará el vaso para el régimen de protección de inversiones?

Desde donde se mire, los tratados que protegen a la inversión extranjera podrían agravar la situación de crisis en los países de América Latina y el Caribe. Como mínimo agregan una preocupación y presión extra, que es lo último que los gobiernos necesitan en este momento.

Principalmente, las demandas de arbitraje internacional privarán a los países de los recursos necesarios para combatir el virus y la crisis socio-económica que lo acompaña. En momentos donde toda la atención debería estar enfocada en lidiar con una situación sin precedentes, los gobiernos latinoamericanos se ven obligados a desviar su atención y destinar recursos escasos para atender las amenazas de demandas a razón de las medidas tomadas para lidiar con las crisis de COVID-19.

Tienen también que aceptar la indiferencia de los árbitros y jueces a los pedidos de suspensión de procesos arbitrales y pagos a inversores de dinero que se necesita para atender prioridades inmediatas.

El bufete de abogados [Garrigues](#) en un reciente boletín plantea que *“cabe preguntarse si el COVID-19 es un nuevo respiro para el arbitraje de inversión por la ola de reclamaciones que derivarán del mismo o si, por el contrario, será su estocada final al desincentivar a los Estados de incluir este mecanismo de resolución de disputas en sus tratados”*.

Va a ser difícil para los gobiernos evitar que esta nueva crisis no desate una ola de demandas. Pero está en sus manos prevenir estos efectos en el futuro. El camino es hacerse eco de las voces de más de [600 organización sociales](#) y denunciar los tratados de protección de inversiones vigentes y frenar las negociaciones en curso.

Ya no hay forma de justificar el nivel de costos que conllevan los Tratados de protección de inversiones, cuando [no hay evidencia](#) que estos traigan beneficios.

18 Agosto 2020

– **Cecilia Olivet** y **Bettina Müller**, Transnational Institute.

Las autoras agradecen los comentarios de Luciana Ghiotto, Alberto Arroyo, Manuel Perez Rocha y Ana Romero.

Notas

¹ Todos los datos del cuadro salen del reporte <https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2020/03/Informe-ISDS-en-AL-Febrero-2019.pdf>

² El Banco Mundial desembolsó US\$ 4000 millones <https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2020/04/02/world-bank-response-to-covid-19-coronavirus-latin-america-and-caribbean> . El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) desembolsó US\$ 2000 millones y la Corporación Andina de Fomento (CAF) desembolsó US\$ 2900 millones. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45731/1/S2000153_en.pdf (p. 43)

³ El Paso Energy Int. Co. (ICSID ARB/03/15); LG&E Energy Corp. (ICSID ARB/02/1); Enron (ICSID ARB/01/3); Suez/Aguas de Barcelona/Vivendi (ICSID ARB/03/19); Suez/Aguas de Barcelona/Interagua (ICSID ARB/03/17); Anglian Water Group (AWG) (UNCITRAL); Continental (ICSID ARB/03/09); CMS Gas (ICSID ARB/01/08); Impregilo (ICSID ARB/07/17); TOTAL S.A. (ICSID ARB/04/01); Sempra Energy (ICSID ARB/02/16)

⁴ Cita original “The protections offered by international investment law may provide creditors means of recourse against a State [...] following sovereign debt defaults or restructurings — even when they are necessary or unavoidable”

⁵ El país recibió una donación de 1 millón US\$ de un banco para comprar 3000 camas para pacientes con Covid. <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19#G>

⁶ El gobierno autorizó 1200 millones de quetzales (que equivalen a más de 151

millones de dólares) para ampliar el presupuesto del Ministerio de Salud Pública para responder a la pandemia. Los 36 millones “adeudados” a TECO, representan 24% de la asignación de 151 millones.

https://www.minfin.gob.gt/images/downloads/leyes_acuerdos/acuerdogub64_040520.pdf

⁷ Mexico: ARB/20/23 y ARB/20/13; Panama: ARB/20/19; ARB/20/10 ; Peru: ARB/20/14; ARB/20/8 ; Colombia: ARB/20/16; ARB/20/9; ARB/20/7

[LEER EL ARTÍCULO ORIGINAL PULSANDO AQUÍ](#)

Fotografía: alai.

Fecha de creación

2020/08/27