



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



La justicia
es de todos

Minjusticia

Seminarios web

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado





La Pandemia del COVID-19 y el Arbitraje de Inversiones

Dechert LLP

Socio – Eduardo Silva Romero

¿Cuál es la relación entre el Arbitraje Internacional
y el COVID-19?

Panorama internacional

Background to India's Export Restrictions

As the March 6, 2020 alert explained, FDA Commissioner Stephen Hahn told the U.S. Congress on March 3, 2020 that **"India has restricted the export of 26 active pharmaceutical ingredients"** to protect its domestic supplies, "which represents about 10 percent of their export capacity."² The export restrictions will impact products such as "paracetamol, several antibiotics ... [including] tinidazole and erythromycin, the hormone progesterone and vitamin B12."³ On March 3, 2020, the Indian Director General of Foreign Trade wrote that those restrictions – which were formerly permitted to be exported freely – will continue "until further orders" are issued.⁴

India is the world's largest manufacturer of generic drugs and supplies approximately 20 percent of the global market.⁵ **A significant portion of India's pharmaceutical sector is foreign-owned and/or structured through foreign entities,**⁶ so India's export restrictions will significantly impact foreign investments. **Foreign-owned pharmaceutical companies impacted by those export restrictions should therefore consider whether they can pursue claims under investment treaties that India has signed.**

India

ReedSmith

ORIOI GÜELL | INÉS SANTAELALIA

Madrid - 16 MAR 2020 - 02:40 EDT

El Gobierno ha decidido llevar a cabo medidas inéditas en materia sanitaria en la historia reciente de España, anunció este domingo por la noche el ministro Salvador Illa en una comparecencia de los cuatro ministros designados para la gestión del estado de alarma. **La primera, de enorme calado, supone la intervención de la sanidad privada para ponerla al servicio del Sistema Nacional de Salud.** Serán los consejeros de Sanidad de todas las comunidades autónomas quienes podrán disponer de "todos los medios" necesarios del sistema privado para hacer frente a la epidemia.

No serán los únicos recursos que podrán utilizar a partir de ahora las comunidades, bajo el mando de Ministerio de Sanidad. **También podrán habilitarse todos los espacios públicos y privados que puedan ser necesarios para convertirlos temporalmente en nuevos lugares asistenciales para atender a los enfermos.**

IN ENGLISH
Spanish government puts private healthcare firms at the orders of the regions

España

Elpaís.com

Coronavirus : pas "d'aides de trésorerie de l'Etat" pour les entreprises qui "ont leur siège ou des filiales dans un paradis fiscal", affirme Bruno Le Maire

Le ministre de l'Economie et Finances, invité du "8h30 franceinfo", a aussi indiqué qu'il avait déjà "refusé un prêt pour des entreprises importantes parce qu'elles avaient versé des dividendes".



Francia

FranceInfo.com

Two countries in the Middle East have suspended import of some Chinese food products to soothe the public concerns in light of the COVID-2019 outbreak.

Jordan implemented a **temporary import ban on February 2 for all animal and plant-based products from China.**

Karim Al-Hussami, director of licensing at Jordanian Agriculture Ministry said in a media statement: *"Import licenses from China have been suspended until further notice. This will be reviewed in the coming period when things stabilise."*

In Egypt, the Vegetables and Fruits Division of the Cairo Chamber of Commerce officially announced on February 9 that **imports of garlic, carrot and green ginger from China would be temporarily suspended.**

Medio Oriente

Foodnavigator



Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Panorama nacional

Sector hotelero de Colombia en crisis por efectos del Covid-19

Se registran pérdidas de 140.000 millones de pesos por cancelaciones para la hotelería en Colombia

ECONOMÍA | 20 de Marzo de 2020 - 00:20

Actividad eleva su riesgo junto a hotelería por efectos del Covid-19. Avianca dejará 132 aviones en tierra, y sus acciones en bolsa bajan.

La industria aeronáutica y la hotelería siguen recibiendo los mayores efectos que ha generado el Covid-19 en el mundo. Con los cierres de fronteras y limitación de vuelos, se prevé que los ingresos de explotación y flujo de efectivo tendrán drásticas reducciones.

ElHeraldo.com

Gobierno suspende vuelos comerciales en toda Colombia por riesgo de coronavirus

La ministra de Transporte, Angella María Orozco, manifestó que también quedan suspendidos los servicios de transporte de pasajeros intermunicipal. Habrá algunas excepciones que serán señaladas mediante decreto.



El Gobierno nacional tomó la decisión de suspender los vuelos comerciales nacionales, en atención a la medida que anunció el presidente Iván Duque de declarar la cuarentena total a partir del próximo martes 24 de marzo desde las 11:59 de la noche hasta el 13 de abril a las 00:00 horas, para evitar la propagación del coronavirus en Colombia.

La ministra de Transporte, Angella María Orozco, al responder la pregunta que formuló Semana Noticias, señaló que la determinación de suspender los vuelos comerciales se hizo motivada por las recomendaciones de las autoridades de salud.

• "Vamos a tener acceso a todos los productos esenciales" MinC Comercio

Semana.com

DECRETO NÚMERO **462** de Hoja N.º 5

Continuación del Decreto "Por el cual se prohíbe la exportación y la reexportación de productos necesarios para afrontar la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, se dictan medidas sobre su distribución y venta en el mercado interno, y se edicta el Decreto 410 de 2020."

DECRETA

Artículo 1. Prohibir la exportación de los siguientes productos clasificados en las subpartidas del Arancel de Aduanas Nacional:

2207100000	3929907000
3004902900	4803009000
3401199000	4818100000
3808941900	4818200000
3929200000	6307903000

Artículo 2. Los productores e importadores de los productos listados en el artículo anterior priorizarán su distribución, venta al por mayor y al detal de manera controlada y según el orden descrito a continuación.

D.462/2020

Hoteles

Vuelos internacionales seguirán cerrados después del 27 de abril

Para los **vuelos nacionales**, se están estudiando protocolos. El gobierno afirmó que deben implementarse controles más rigurosos en el servicio aéreo ante la pandemia.



El Gobierno anunció que luego de que finalizó la cuarentena total ampliada el 27 de abril permanecerán cerrados los vuelos internacionales en Colombia, y en eso fue claro el presidente Iván Duque. La restricción continuará varios días más hasta que se defina la situación de la pandemia del coronavirus en el planeta.

• Coronavirus en Colombia: sube a 3.105 cifra de contagios

Aerolíneas

Comercio 23 marzo de 2020

Por alta demanda, Gobierno Nacional restringe exportaciones de 24 bienes necesarios para prevenir y contener el coronavirus



Pie de foto: La decisión se adopta ante la alta demanda de esta clase de bienes, indispensables en estos momentos de coyuntura sanitaria.

Alcohol, jabón, papel higiénico, guantes de uso médico o de atención, los demás medicamentos para uso humano, desinfectantes, paños y toallas húmedas, gel antibacterial, tapabocas y equipos médicos de varios tipos son algunos de los bienes que **no se podrán exportar durante los próximos seis meses**, según lo establece el Decreto 462 del 22 de marzo del 2020.

En el Decreto también se restringe la exportación o reexportación de bienes como guantes de caucho de distintas clases, gafas de protección, electrocardiógrafos, monitores de signos vitales, cunas neonatales, ventiladores, aparatos respiratorios y máscaras de protección respiratoria, equipos de rayos X y camas y camillas hospitalarias.

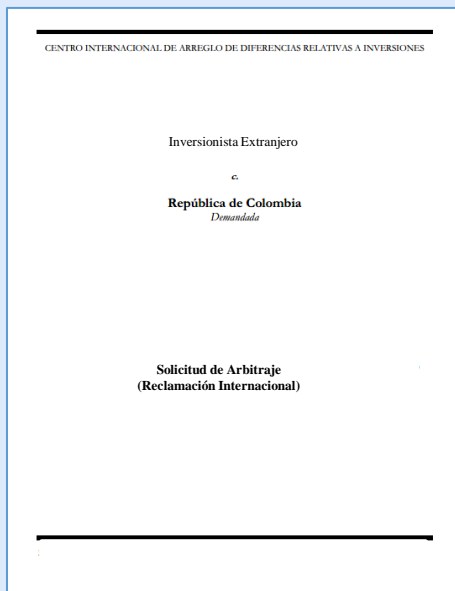
MinCIT

Exportaciones



Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Posibles defensas de los Estados



Bajo el derecho internacional

Bajo los Tratados de Inversión

Posibles defensas bajo el derecho internacional

Medidas en ejercicio del poder de policía

Definición

291. La **protección de la salud pública** se ha reconocido como una **manifestación esencial del poder de policía del Estado** por mucho tiempo, como también lo indica el Artículo 2(1) del TBI, que permite que los Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones “por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad”.

297. En *Saluka c. República Checa*, el tribunal registró el alcance, las condiciones y los efectos de la doctrina del poder de policía, al afirmar lo siguiente:

Ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar una indemnización al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general.
[Traducción del Tribunal]

El tribunal agregó que:

*[E]l principio de que el Estado adopta regulaciones generales que son 'comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados' forma parte del derecho internacional consuetudinario actual*³⁹². [Traducción del Tribunal]

(*Philip Morris c. República de Uruguay*, 2016)

Requisitos

- ✓ *Bona fide*
- ✓ Debe buscar proteger el bienestar público
- ✓ No ser discriminatoria
- ✓ Ser proporcionadas
- ✓ Conducta soberana
- ✓ Debido proceso

Posibles argumentos de los inversionistas

- Prolongación en el tiempo de la medida (*Bischoff*)
- Existencia de un compromiso específico entre el Estado y el inversionista (*Methanex Corporation*)



Medidas por fuerza mayor

Definición

Artículo 23. Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

(CDI, Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados)

108. Las partes aceptan que, conforme tanto a la legislación venezolana como al derecho internacional, **la fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes por el incumplimiento de una obligación contractual.** También se admite que se deben satisfacer las siguientes **condiciones** para que proceda una alegación de fuerza mayor:

(Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela)

Requisitos

- ✓ Medida en respuesta a una fuerza irresistible o evento imprevisible
- ✓ La situación debe estar fuera del control del Estado
- ✓ El cumplimiento de la obligación ha de ser materialmente imposible
- ✓ Carga de la prueba

Posibles argumentos de los inversionistas

- Participación del Estado en la situación (*Unión Fenosa Gas*)
- El Estado asumió el riesgo de que se produjera la situación
- El Estado renunció expresamente a esta excepción



Medidas bajo el estado de necesidad

Definición

Artículo 25. Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

257. En resumen, los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro. Por otra parte, no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas. Tampoco puede decirse que los derechos de ningún otro Estado se vieran seriamente afectados por las medidas tomadas durante la crisis. Finalmente, se reitera que

(LG&E c. Argentina)

(CDI, Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados)

257. En resumen, los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro. Por otra parte, no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis.

(LG&E c. Argentina)

Requisitos

- ✓ Un interés esencial (salud) del Estado debe estar en peligro grave e inminente
- ✓ La medida debe buscar salvaguardar el interés esencial del Estado
- ✓ La medida debe ser el único modo para salvaguardar el interés esencial
- ✓ No afecta gravemente los intereses esenciales de otro Estado

Posibles argumentos de los inversionistas

- Excepcionalidad (*Gabčíkovo-Nagymaros*)
- Incumplimiento del estándar de peligro grave e inminente (*LG&E c. Argentina*)
- Contribución del Estado en la creación del peligro
- La medida no constituye la única alternativa



Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Posibles defensas bajo
los Tratados de Inversión
vigentes

Eximentes de responsabilidad Generales

ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES ENTRE
LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE LA INDIA
PREÁMBULO
El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de la India.

ARTÍCULO 13. EXCEPCIONES GENERALES.

5. Con sujeción al requerimiento de que las medidas no pueden ser aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada en contra de los inversionistas de la otra Parte Contratante o una restricción oculta a las inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, **nada de lo dispuesto en este Acuerdo podrá ser interpretado para impedir la adopción o la implementación por una Parte Contratante de medidas:**

- a) Necesarias para preservar el orden público;
- b) **Necesarias para proteger la vida humana, animal, vegetal o la salud;**

NOTA 9: Excepciones Generales (Artículo 13)

1. Cuando una Parte Contratante afirme como defensa que la supuesta medida que es una violación de sus obligaciones bajo este Acuerdo es para la protección de sus "intereses esenciales de seguridad" o en "circunstancias de extrema emergencia de acuerdo con sus leyes nacionales aplicadas sobre una base razonable" como se establece en el Artículo 13, cualquier decisión de tal Parte Contratante tomada bajo dichas consideraciones de seguridad no serán juzgables en el sentido que no estará abierto a cualquier tribunal arbitral revisar los méritos de cualquier decisión, aun cuando los procedimientos arbitrales se refieran a una evaluación de cualquier reclamo por daños y/o compensación, o un proceso de cualquier otros asuntos referidos al tribunal.

región
sustan
1.2. El
natur
2. Inv
2.1. "I
adqui
Parte
partic
a) Bie
hipote
b) Acc
entida
c) Der
económ
d) Der
derech
técnic
"Know
Contr
e) Col
concesiones para explorar, extraer o explotar recursos naturales.
No serán consideradas inversión:
i) Las operaciones de deuda pública;

ACUERDO BILATERAL PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES ENTRE

ARTÍCULO 12 Excepciones

1. Nada de lo previsto en este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte o mantenga medidas con el fin de preservar el **orden público, incluyendo medidas para proteger los intereses de seguridad esencial del Estado**, siempre que dichas medidas:

- a) Sólo apliquen cuando exista una amenaza genuina y suficientemente seria contra uno de los intereses fundamentales de la sociedad;
- b) No se apliquen de manera que constituya discriminación arbitraria;³
- c) No constituyan una restricción oculta a la inversión;
- d) Sean proporcionales al objetivo que se persiga;
- e) Sean necesarias y sean aplicadas de manera transparente;
- f) Sean aplicadas de manera transparente.

Para mayor claridad, nada de lo que se dispone en el presente artículo será motivo de revisión de un asunto por parte de un

245. The Respondent refers approvingly to the determination of the majority of the Argentine crisis by the LG&E tribunal. **As regards the "essential interest" requirement in Article 25(1)(a) of the Draft Articles, the Respondent observes that in the Commentary on the Draft Articles, the issue of whether an interest is essential depends on the overall circumstances of the case and cannot be pre-**

1. Inevitable. **In the instant case, the actions of the Respondent had as an objective the protection of social stability and the maintenance of essential services vital to the health and welfare of the population, an objective which is recognized in the framework of the international law of human rights.**

- c. Reclamaciones de dinero o cualquier otra prestación, incluyendo obligaciones que tengan un valor monetario asociado a una inversión;

³ En el contexto de este Acuerdo, el término "legislación" se refiere al sistema legal respectivo de las Partes Contratantes.

Salud como
interés esencial

Eximentes de responsabilidad

Particulares

ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE LA INDIA

PREÁMBULO

El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de la India, en adelante las "Partes Contratantes";

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio de ambas Partes Contratantes;

Con la intención de crear condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, y Reconociendo

ARTÍCULO 6. EXPROPIACIÓN.

c) Las acciones regulatorias no discriminatorias tomadas por una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de utilidad pública, incluyendo la protección a la salud, a la seguridad y al medio ambiente, no constituyen expropiación ni nacionalización, salvo en circunstancias excepcionales, cuando dichas acciones son tan severas que no pueden ser razonablemente percibidas como resultado de una adopción y aplicación de buena fe para el logro de sus objetivos;

sustanciales en el territorio de dicha Parte Contratante.

o. El Decreto-Auerdo no se aplicará a las inversiones realizadas por personas

NOTA 6: Expropiación (Artículo 6)

1. El Artículo 6 aborda dos situaciones. La primera es expropiación directa, cuando una inversión es nacionalizada o expropiada. La segunda es cuando una medida o serie de medidas tienen el efecto de una nacionalización o expropiación.

d) Derechos de propiedad intelectual, incluyendo, entre otros, derechos de autor y derechos conexos y marcas de fábrica, nombres comerciales, diseños industriales, "know-how" y "goodwill", de conformidad con la legislación relevante de la Parte Contratante respectiva;

e) Concesiones otorgadas por ley o acto administrativo o contrato, incluyendo concesiones para explorar, extraer o explotar recursos naturales.

No serán consideradas inversión:

i) Las operaciones de deuda pública;

The Agreement was previously published as Colombia No. 1 (2014) Cm 8887



Treaty Series No. 24 (2014)

Bilateral Agreement

for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia

Exceptions

1. The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to investors of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order.

Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs by Command of Her Majesty November 2014

Cm 8973

¿Qué tratados de inversión vigentes contemplan la salud humana como un eximente de responsabilidad?

Tratado de Inversión	Excepción General	Expropiación Indirecta	Trato no menos favorable	No hay mención
Alianza del Pacífico	✓			
Colombia – Canadá	✓	✓		
Colombia – Chile		✓		
Colombia – China	✓	✓		
Colombia – Corea		✓		
Colombia – Costa Rica	✓	✓		
Colombia – Estados Unidos		✓		
Colombia – India	✓	✓ Directa/indirecta		
Colombia – Japón	✓			
Colombia – México		✓		
Colombia – Perú	✓	✓		
Colombia – Reino Unido		✓	✓	
Triángulo Norte		✓		
Colombia – España				≠
Colombia – Suiza				≠

Las excepciones no son absolutas

Requisitos

- ✓ Buscar proteger la salud pública
- ✓ No sea discriminatoria
- ✓ Necesaria para proteger la salud humana
- ✓ *Bona fide*
- ✓ Debe ser proporcionada

Artículo 8: Excepciones Generales

1. Sujeto al requisito de que las siguientes medidas no se apliquen de una manera en que constituyan una discriminación arbitraria o injustificable entre las inversiones o entre los inversionistas, o una restricción encubierta al comercio internacional o a la inversión, nada en el presente Acuerdo se interpretará como una forma de evitar que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias:

- (a) para proteger la vida o salud de los seres humanos, los animales o las plantas;

APPRI Colombia Perú

(b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

TLC Colombia Estados Unidos

(c) non-discriminatory measures that the Contracting Parties take for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of "public purpose") including for reasons of public health, safety, and environmental protection, which are taken in good faith, which are not arbitrary, and which are not disproportionate in light of their purpose, shall not constitute indirect expropriation.

Conclusiones

Aún si los Tratados de Inversión no contemplan excepciones relativas a medidas que buscan proteger la salud humana, estas medidas son conformes al derecho internacional

Las medidas, en todo caso, deben ser proporcionadas, de buena fe, no pueden ser discriminatorias y no pueden prolongarse innecesariamente en el tiempo



¡Gracias!



**La justicia
es de todos**

Minjusticia



**Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado**