

Las Cláusulas de Guerra, una vía para reclamar daños contra el Estado por la pandemia del Covid-19

Krystle Baptista Serna* **

ESPAÑA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 117-130

Resumen: El presente artículo aborda las formas y estándares de compensación aplicables a las posibles reclamaciones de inversores cuyas inversiones sufran daños a raíz de eventos concretos como la pandemia, la guerra u otros conflictos armados, así como revoluciones, estados de emergencia nacional, revueltas, disturbios públicos y otras circunstancias similares como las emergencias medioambientales en Venezuela. El artículo parte del derecho internacional público y se centra en el análisis de algunos tratados bilaterales de inversión vigentes en Venezuela, que darían a los inversores extranjeros la posibilidad de reclamar indemnizaciones a la República.

Palabras Claves: Arbitraje, cláusula de guerra, Covid-19

The War Clauses, a way to claim damages against the State for the Covid-19 pandemic

Abstract: *This article deals with the forms and standards of compensation applicable to possible claims by investors whose investments suffer damage as a result of specific events such as the pandemic, war or other armed conflicts, as well as revolutions, states of national emergency, riots, public disturbances and other similar circumstances such as the environmental emergencies in Venezuela. This article is based on public international law and focuses on the analysis of some bilateral investment treaties in force in Venezuela, which would give foreign investors the possibility of claiming compensation from the Republic.*

Keywords: *Arbitration, war clause, Covid-19*

Autora invitada

* Licenciada en Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Diploma en Derecho Global, Universidad de Navarra, Pamplona, España. LLM en International Legal Studies, New York University, Nueva York, EEUU.

** La autora quiere agradecer la inestimable colaboración de Dña. María de la Cruz Bosch Albarracín en la búsqueda de fuentes y edición de este artículo.

Las Cláusulas de Guerra, una vía para reclamar daños contra el Estado por la pandemia del Covid-19

Krystle Baptista Serna*

ESPAÑA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 117-130

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Cláusulas de Guerra de los TBI. 2. Situaciones que desencadenan la aplicación de las Cláusulas de Guerra. 3. Consecuencias de la aplicación de Cláusulas de Guerra. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La inestabilidad política e incertidumbre jurídica de Venezuela en las últimas dos décadas ha tenido entre otras consecuencias la progresiva disminución de la inversión extranjera¹ y el aumento de la litigiosidad entre el Estado y los inversores². ¿Puede la pandemia del COVID-19 agravar esa litigiosidad y hacer resurgir una nueva ola de disputas de inversores contra el Estado por medidas tomadas a raíz de la pandemia?

Como ha ocurrido en otros muchos países, en Venezuela se han tomado diversas medidas para combatir la emergencia sanitaria. En primer lugar, se decretó el estado de alarma en todo el territorio nacional³, lo que ha supuesto, entre otras, la restricción de la libertad de circulación, la suspensión de actividades en determinadas zonas geográficas, la suspensión de todo tipo de espectáculos públicos y cualquier tipo de evento que supusiera la aglomeración de personas, así como la limitación de vuelos hacia o

* Licenciada en Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Diploma en Derecho Global, Universidad de Navarra, Pamplona, España. LLM en International Legal Studies, New York University, Nueva York, EEUU.

¹ Los datos son abrumadores: (i) "Doing Business 2010", Banco Mundial, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2010> y "Doing Business 2020", Banco Mundial, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2020> (Venezuela baja de la posición 177 a 188 de 2010 a 2020 en el índice "facilidad para hacer negocios"); (ii) "Venezuela - Inversión extranjera directa", IndexMundi, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://www.indexmundi.com/es/datos/venezuela/indicador/BM.KLT.DINV.CD.WD> (la inversión extranjera directa en Venezuela ha descendido de 4,536,000,000 en 2014 a 1,654,667,000 en 2018); (iii) "The Legatum Prosperity Index", Legatum Institute, acceso el 16 de noviembre de 2021, https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4429 y <https://www.prosperity.com/globe/venezuela> (Venezuela ha descendido de la posición 110 a la 147 de 2011 a 2021 según el índice de prosperidad del Instituto Legatum); (iv) "Atlas of Economic Complexity", Harvard's Growth Lab at the Center for International Development (CID) at Harvard University, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://atlas.cid.harvard.edu/rankings/> (Venezuela ha descendido de la posición 78 a la 128 en los últimos quince años según el índice de "complejidad económica").

² Los datos del CIADI muestran que desde 1996 se han iniciado 49 reclamaciones de arbitraje de inversión contra Venezuela únicamente en esta institución; actualmente hay pendientes 14 casos en CIADI: "Case Database", The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), último acceso el 15 de noviembre de 2021, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

³ Decreto N° 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020.

desde el territorio venezolano. Por otra parte, se tomaron medidas económicas, como la suspensión del pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y dispusieron ayudas para ciudadanos, trabajadores y pequeñas empresas⁴. Además, en el contexto de la pandemia – sin una explicación clara – se resolvió ocupar temporalmente las entidades AGA GAS, C.A. e Industria Venezolana de Gas INVEGAS, S.C.A⁵, incluyendo todos sus activos operacionales, sucursales y sedes administrativas ubicadas en cualquier parte del territorio nacional⁶.

En este contexto, el presente trabajo plantea de forma preliminar si la pandemia del COVID-19 es equiparable a situaciones de guerra, conflicto armado o emergencia nacional que dan lugar a la activación de las llamadas Cláusulas de Guerra de los tratados bilaterales de inversión (“TBIs”) suscritos por Venezuela y, de ser así, cuáles podrían ser las consecuencias. En primer lugar, se explicará qué son las Cláusulas de Guerra de los TBIs (1.). Posteriormente, se analizará qué tipo de circunstancias las activan (2.) y las consecuencias que prevén para aquellos inversores que se vean dañados por las medidas tomadas por el gobierno (3.) Finalmente, se hará una conclusión (4.).

1. Cláusulas de Guerra de los TBI

Los TBIs y otros tratados internacionales contienen cláusulas específicas que regulan la protección de inversiones en circunstancias especiales. Por un lado, se pueden encontrar cláusulas de excepción, por medio de las cuales los Estados se reservan el derecho a tomar medidas para salvaguardar sus intereses esenciales en situaciones de emergencia⁷. Por otro lado, la mayoría de los tratados contienen cláusulas que garantizan la más completa protección y seguridad a los inversores⁸.

⁴ El gobierno venezolano aseguró que las personas registradas en la Plataforma Patria recibirían descuentos del 25% en sus facturas de agua y electricidad, se abonarían bonos de apoyo solidarios a trabajadores de empresas privadas y autónomos, y que se suspendería para nuevas microempresas y pequeñas empresas el pago de tasas en el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) y el Registro Mercantil y levantaría el pago de impuestos sobre la renta por los ingresos obtenidos hasta el 31 de diciembre de 2021.

⁵ Invegas S.C.A. (antes denominada Praxair Venezuela, C.A.) opera en el mercado venezolano desde 1944, y es una de las mayores proveedoras de gases industriales del país. Invegas es filial de la corporación alemana Linde PLC, que se fusionó con Praxair en 2017. Linde, antes de la unificación, tenía operaciones en Venezuela a través de AGA Gas.

⁶ Resolución Conjunta de los Ministerios de Trabajo y Petróleo para el Proceso Social del Trabajo y de Petróleo de fecha 1 de septiembre de 2020; Resolución Conjunta de los Ministerios de Trabajo y Petróleo, de fecha 9 de junio de 2021, respectivamente.

⁷ Canadá es uno de los países con más TBIs que incluyen cláusulas generales de excepción. El 12 de mayo de 2021 Canadá publicó su nuevo Modelo de Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, cuyo artículo 22 incluye una cláusula de excepción: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng#article-22

⁸ Por ejemplo, el art. 3 (2) del Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (adoptado en 1991, entró en vigor en 1993, y fue denunciado en 2008): “Más particularmente, cada Parte Contratante otorgará a tales inversiones plena seguridad física y protección, la cual no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones de nacionales de cualquier Estado, lo que sea más favorable al nacional interesado”. En relación con este artículo, en *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25 el Tribunal resolvió que “el art. 3 (2) del BIT (...) resultará aplicable cuando la seguridad de la inversión se vea afectada por la violencia física o contiendas civiles”. Y que “la responsabilidad del Estado surgirá si no ha adoptado las medidas de protección que exija la prudencia para proteger la propiedad extranjera amparada por el Tratado”. En este caso el Tribunal entendió que Venezuela no violó el art. 3 (2) del TBI.

Además, muchos tratados de inversión incluyen “Cláusulas de Guerra”, que son aquellas que protegen a los inversores en situaciones de guerra, conflicto armado y otras circunstancias especiales (referidas de forma conjunta como “Circunstancias Especiales”). Estas cláusulas regulan los efectos legales que las Circunstancias Especiales tienen sobre las inversiones y el trato debido a los inversores en caso de que su inversión sea destruida o sufra daños como consecuencia de tales Circunstancias Especiales⁹. Las Cláusulas de Guerra abordan específicamente la cuestión de los daños, en tanto establecen un régimen particular de obligaciones cuando se dan Circunstancias Especiales¹⁰.

Los TBIs han incluido Cláusulas de Guerra desde el inicio¹¹. De hecho, el primer TBI firmado entre Alemania y Pakistán en 1959 incluía una cláusula que permitía compensar las pérdidas causadas por la guerra y otros conflictos armados¹². Unos años después, en 1963 el ámbito de las Cláusulas de Guerra se extendió para incluir también los estados de emergencia nacional como un evento que puede desencadenar su aplicación¹³.

Los TBIs suelen presentar dos variantes de Cláusulas de Guerra: de no discriminación y ampliadas. Las primeras obligan al Estado que hospeda la inversión a otorgar el mismo trato a los inversores extranjeros que a los inversores nacionales, en caso de que otorgue a los últimos cualquier medida compensatoria por los daños causados como consecuencia de la existencia de Circunstancias Especiales. La cláusula, que por lo general recoge los principios de trato nacional y de nación más favorecida¹⁴, no da

⁹ Noradèle Radjai, Laura Halonen y Panagiotis A. Kyriakou, ‘An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA’, *BCDR International Arbitration Review*, Volume 3 Issue 2), pp. 219 – 242.

¹⁰ Noradèle Radjai, Laura Halonen y Panagiotis A. Kyriakou, ‘An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA’, *BCDR International Arbitration Review*, Volume 3 Issue 2), p. 231.

¹¹ Facundo Pérez-Aznar, ‘Investment Protection in Exceptional Situations: Compensation-for-Losses Clauses in IIAs’, *ICSID Review*, Volume 32 Issue 3, pp. 696-720

¹² Art. 3 (3) del TBI entre la República Islámica de Pakistán y la República Federal de Alemania (firmado el 25 de noviembre de 1959, entrada en vigor el 28 de abril de 1962): “Nationals or companies of either Party who owing to war or other armed conflict, revolution or revolt in the territory of the other Party suffer the loss of investments situate [sic] there, shall be accorded treatment no less favourable by such other Party than the treatment that Party accords to persons residing within its territory and to nationals or companies of a third party, as regards restitution, indemnification, compensation or other considerations. With respect to the transfer of such payments each party shall accord the requests of nationals or companies of the other Party treatment no less favourable than is accorded to comparable requests made by nationals or companies of a third party.”

¹³ Art. 3 (3) del TBI entre la República Democrática Socialista de Sri Lanka y la República Federal de Alemania (firmado el 8 de noviembre de 1963, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1966, denunciado el 7 de febrero de 2000): “(3) Nationals or companies of either Contracting Party whose investments suffer losses in the territory of the other Contracting Party owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, or revolt, shall be accorded treatment no less favourable by such other Contracting Party than that Party accords to nationals or companies of any third State, as regards restitution, indemnification, compensation or other valuable consideration. Such payments shall be freely transferable”.

¹⁴ Cláusula que permite al inversor obtener un mejor trato en función de los tratados firmados por el Estado receptor con terceros estados. La definición de la Enciclopedia de Derecho Público Internacional de Max Planck es la siguiente: “La cláusula de nación más favorecida (comúnmente abreviada como “NMF”), es una disposición incluida en un tratado por la cual un Estado (el Estado concedente) asume una obligación con otro Estado (el Estado beneficiario) por medio de la cual acuerdan otorgar el trato de NMF en una determinada esfera de relaciones. El trato de NMF es el trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a aquellas personas o cosas que están en relación con el Estado concedente, y que no será menos favorable que aquel trato que el Estado concedente otorgue a terceros Estados o personas o cosas con las que esté en la misma relación que con el tercer Estado.”

a los inversores un derecho absoluto a obtener reparaciones en caso de pérdidas, sino que simplemente otorga un derecho limitado y condicionado a las medidas que adopte el Estado receptor de las inversiones en relación con otros inversores nacionales o extranjero¹⁵. Si el Estado no ofrece ningún tipo de compensación, no existe obligación de compensar al inversor.

Las cláusulas ampliadas obligan al Estado receptor de la inversión a compensar al inversor por las pérdidas que sufra como consecuencia de la requisita de bienes por las fuerzas o autoridades del estado o destrucción de inversiones en actos que no sean de combate o requeridos por la situación¹⁶. Estas cláusulas ampliadas, que suelen combinarse con cláusulas de no discriminación, otorgan derechos autónomos que limitan la discrecionalidad del Estado receptor a la hora de conceder compensación por pérdidas a los inversores. La mayoría de las Cláusulas de Guerra ampliadas excluyen la obligación de compensación cuando la destrucción de propiedad se produce en el marco de una acción de combate o como consecuencia de una necesidad militar, y exigen que el acto ilícito haya sido causado por fuerzas o autoridades gubernamentales y no por fuerzas rebeldes¹⁷. Es decir, la destrucción derivada de una acción militar que es legal en virtud del *ius in bello* no necesita ser compensada. Por el contrario, si la destrucción es el resultado de fuerzas militares o acciones del gobierno por encima de la necesidad militar o en caso de expropiación, el Estado receptor deberá restituir o pagar una compensación¹⁸.

En el caso de Venezuela, la mayoría de los TBIs que ha celebrado incluyen Cláusulas de Guerra de no discriminación¹⁹, pero algunos tienen Cláusulas de Guerra ampliadas²⁰. Por ejemplo, el Art. 4(1) el TBI Venezuela-Reino Unido contiene una Cláusula de Guerra de no discriminación, que se complementa con una ampliación en el apartado (2) del mismo artículo:

¹⁵ Christoph Schreuer 'The protection of investments in armed conflicts', *Investment Law within International Law* (2013), p. 10.

¹⁶ Ver, por ejemplo, el Art. 4 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, suscrito el 15 de marzo de 1995 transcrito en el texto. Algunos casos en los que se aplican este tipo de cláusulas son *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Laudo, 21 de junio de 1990, 4 ICSID Reports 246, paras. 58-64; *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Laudo, 21 de febrero de 1997, paras. 7.02-7.15.

¹⁷ Christoph Schreuer 'The protection of investments in armed conflicts', *Investment Law within International Law* (2013), p. 7.

¹⁸ Schreuer C (2018); Algunas Cláusulas de Guerra ampliadas distinguen entre el deber de compensación en casos de requisita de la inversión (o de una parte de esta) y la destrucción de la inversión. En el caso de requisita de la inversión (o de parte de la misma) por las fuerzas o autoridades del estado, este debe restituir o compensar, independientemente de la necesidad de las circunstancias. Sin embargo, en los casos de destrucción solo procederá una restitución o compensación si la destrucción no se debe a la necesidad de la situación. Ver, por ejemplo, el Art. 15 del TBI entre Austria y Libia.

¹⁹ Concretamente, los tratados bilaterales de inversión de Venezuela con Italia, Países Bajos (denunciado), Chile, Argentina, Ecuador, Suiza, Dinamarca, Lituania, Brasil, España, Perú, Alemania, Canadá, Suecia, Cuba, Costa Rica, Uruguay, Bélgica y Luxemburgo, Francia, Irán y Rusia.

²⁰ Concretamente, los tratados bilaterales de inversión de Venezuela con Portugal, Barbados, Reino Unido, República Checa, Belarús y Vietnam.

“Artículo 4 - Indemnización por pérdidas

(1) Los nacionales o las sociedades de una de las Partes Contratantes cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas a consecuencia de la guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección o motín en el territorio de esa otra Parte Contratante, no serán tratados por ésta menos favorablemente que sus propios nacionales o sociedades o que los nacionales o las sociedades de cualquier tercer Estado en lo referente a restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otros pagos.

(2) El párrafo (1) de este Artículo, no se interpretará en el sentido de eximir cualquiera de las Partes Contratantes de sus obligaciones conforme al derecho internacional de acordar la restitución o una indemnización adecuada en cualquiera de las situaciones a las que se refiere dicho párrafo, por las pérdidas que sufran los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante como consecuencia de la requisición de los bienes de estos por parte de las fuerzas o las autoridades de aquella, o la destrucción por éstas de sus bienes que no haya sido causada por acciones de combate o requerida por la situación.”

2. Situaciones que desencadenan la aplicación de las Cláusulas de Guerra

El ámbito de aplicación de las Cláusulas de Guerra es relevante porque no todas las Circunstancias Especiales desencadenan su aplicación. De hecho, el texto del TBI determinará a qué situaciones especiales los Estados contratantes han acordado dar un tratamiento específico en las Cláusulas de Guerra. A los efectos de este artículo – introductorio de la materia – merece la pena afirmar que la mayoría de los TBIs cubren las guerras y los conflictos armados²¹. Sin embargo, no todos cubren las emergencias nacionales²², y los que las cubren, no las definen.

El estado de emergencia, también llamado estado de excepción, alarma o sitio, deriva de una declaración del gobierno realizada en respuesta a una situación extraordinaria que amenaza fundamentalmente al Estado²³, porque amenaza físicamente a

²¹ La concreción de una definición de guerra ha sido objeto de controversia entre los juristas, por lo que a partir del siglo XX se ha preferido el término conflicto armado, definido en el caso *Prosecutor v. Tadić* de la siguiente manera: “Existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre estados o a la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en [el territorio] de un estado” (traducción libre del inglés) (ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A (2 October 1995), p. 70).

²² Las cláusulas de los TBIs de Venezuela con Italia, Países Bajos, Chile, Argentina, Ecuador, Suiza, Barbados, Dinamarca, Reino Unido, Lituania, República Checa, Brasil, España, Perú, Alemania, Canadá, Paraguay, Suecia, Costa Rica, Bélgica-Luxemburgo, Francia, Belarús, Rusia y Vietnam incluyen las situaciones de emergencia nacional; no así los tratados bilaterales de inversión con Portugal, Cuba, Uruguay e Irán. Por ejemplo, el Art. 7 del TBI con Argentina dice: “Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado por ésta última a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado”. En cambio, el art. 7 del tratado bilateral de inversión con Uruguay: “Si una Parte Contratante acuerda indemnización a sus propios inversionistas o a los de un tercer Estado por daños sufridos por sus inversiones como consecuencias de un conflicto armado interno o externo, una insurrección, un motín o cualquier otro tipo de perturbación del orden público, acordará indemnización en condiciones no menos favorables a los inversores de la otra Parte Contratante”.

²³ Fionnuala Ni Aolain, ‘The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence’ (19 Fordham Int’l L.J. 101, 103, 1995); DCAF Background: States of emergency (October 2005), 1.

la población o a la existencia del régimen²⁴. La declaración puede suspender algunas funciones normales del Estado, alertar a los ciudadanos para que cambien su comportamiento usual, o autorizar la implementación de planes de emergencia e incluso suspender derechos y libertades civiles²⁵. En todo caso, las declaraciones de estado de emergencia deben realizarse de conformidad con el marco legal nacional y, por lo tanto, desencadenan la aplicación de un determinado marco de operaciones – que suele incluir planes y organización estratégicos– para lidiar con la emergencia²⁶.

A principios de 2020 el mundo fue sacudido por una pandemia de efectos incalculables para las personas y para el orden mundial: la pandemia del COVID-19²⁷. Desde entonces, numerosos gobiernos alrededor del mundo han decretado un estado de emergencia nacional²⁸ y, en ese contexto, han implementado medidas regulatorias y de emergencia para controlar la transmisión del virus dentro de sus fronteras y proteger a la población de los efectos físicos y económicos de la pandemia. Estas medidas han incluido prohibiciones de viaje, confinamientos, medidas legislativas (como la moratoria de contratos, nacionalización de industrias, requisa de negocios), entre otros²⁹. Por ejemplo, los Estados Unidos solicitó a General Motors que produjera ventiladores de respiración asistida³⁰ y la India restringió la exportación de medicamentos como el paracetamol y los antibióticos³¹.

Debido a algunas de estas medidas, numerosos negocios e inversores nacionales y extranjeros han sufrido consecuencias graves en sus negocios, incluido el despido de personal, el cierre de la producción en la cadena de suministro, la disminución de sus ganancias, fluctuación de precios, etc. Además, como resultado de la amplia gama de medidas tomadas, su severidad e incertidumbre en cuanto a su duración, las medidas adoptadas podrían causar un daño económico importante a inversores extranjeros protegidos por tratados bilaterales y multilaterales de inversión.

²⁴ Bruce Ackerman, 'The emergency constitution' (2004), p. 19.

²⁵ DCAF Backgrounder: States of emergency (October 2005), p. 1.

²⁶ DCAF Backgrounder: States of emergency (October 2005), P. 1.

²⁷ Coronavirus disease (COVID-19) pandemic, *WHO website*, acceso el 10 de febrero de 2021, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

²⁸ Venezuela declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, mediante Decreto 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020, publicado en la Gaceta Oficial; España declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, mediante el Real Decreto 463/2020, de fecha 14 de marzo de 2020, publicado en el Boletín Oficial del Estado N° 67; Perú declaró el estado de emergencia nacional mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-pmc de fecha 15 de marzo de 2020; Argentina amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley 27.541 del 21 de diciembre de 2019, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260 del 12 de marzo de 2020; Colombia declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, mediante el Decreto N° 417 de fecha 17 de marzo de 2020.

²⁹ Janice Lee, 'Note on covid-19 and the police powers doctrine: assessing the allowable scope of regulatory measures during a pandemic' (13(1) CONTEMP. ASIA ARB. J. 229, 2020)230-231

³⁰ Kathryn Watson, 'Trump invokes Defense Production Act to require GM to produce ventilators' (CBS News, 27 March 2020), acceso el 10 de febrero de 2021, <https://www.cbsnews.com/news/trump-invokes-defense-production-act-to-require-gm-to-produce-ventilators-2020-03-27/>

³¹ India limits medicine exports after supplies hit by coronavirus, *The Guardian*, 4 de marzo de 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/04/india-limits-medicine-exports-coronavirus-paracetamol-antibiotics>

Las pérdidas económicas causadas por las medidas restrictivas podrían resultar en reclamaciones de inversores protegidos por TBIs u otros acuerdos multilaterales. Las reclamaciones en este tipo de circunstancias podrían encontrar un asidero legal en las garantías de trato justo y equitativo, adecuada compensación por expropiación y la prohibición de discriminación de inversores extranjeros³².

Además, cuando los TBIs contienen Cláusulas de Guerra, los inversores tendrán garantizado el mismo trato que reciban los inversores nacionales en cuanto a cualquier medida indemnizatoria derivada de daños que sean consecuencia del estado de emergencia (sanitaria u otra), y, dependiendo del texto del tratado, podrán reclamar daños³³ por la requisita o expropiación de bienes o inversiones, así como por la destrucción de inversiones que no esté justificada por la necesidad de la situación.

Resulta relativamente fácil pensar en medidas en el contexto de la pandemia que podrían dar lugar a violaciones del estándar de trato nacional. Por ejemplo, la categorización por parte del gobierno de determinados servicios prestados por nacionales como esenciales, cuando un inversor extranjero que presta los mismos servicios y tiene circunstancias similares no se le permite operar³⁴; la falta de acceso de inversores extranjeros a paquetes de ayuda económica relacionados con el COVID-19 que sí reciben inversores nacionales³⁵, entre otros.

En definitiva, las Cláusulas de Guerra de los TBIs se activan por la concurrencia de Circunstancias Especiales, como las guerras, los conflictos armados y declaraciones de emergencia nacional. La pandemia del COVID 19 ha generado la declaración de emergencia nacional en numerosos países, incluido Venezuela. Por lo tanto, se trata de una emergencia de naturaleza sanitaria que desencadena la obligación por parte del estado receptor de inversiones extranjeras de garantizar el estándar de protección previsto en las Cláusulas de Guerra.

³² Janice Lee, 'Note on covid-19 and the police powers doctrine: assessing the allowable scope of regulatory measures during a pandemic' (13(1) CONTEMP. ASIA ARB. J. 229, 2020) 232.

³³ Alberto Alvarez-Jimenez, 'The international law gaze: COVID-19 and foreign investors.' *New Zealand Law Journal*, (Vol. 271, 300-304, 2020), <https://researchcommons.waikato.ac.nz/handle/10289/13831>.

³⁴ Alberto Alvarez-Jimenez, 'The international law gaze: COVID-19 and foreign investors.' *New Zealand Law Journal*, (Vol. 271, 300-304, 2020), <https://researchcommons.waikato.ac.nz/handle/10289/13831>.

³⁵ Durante la pandemia, muchos gobiernos brindaron distintas ayudas a las empresas, como por ejemplo exenciones fiscales, préstamos, pensiones e incluso se hicieron cargo del pago de parte de los salarios de los empleados. El gobierno del Reino Unido, por ejemplo, ofreció un paquete de medidas que incluía el pago de hasta un 80% del salario de los trabajadores por parte del gobierno británico. (Ver UK "COVID-19: support for businesses", *BBC*, 20 de marzo de 2020, acceso el 11 de febrero de 2021, <https://www.gov.uk/government/collections/financial-support-for-businesses-during-coronavirus-covid-19>; Coronavirus: Government to pay up to 80% of workers' wages", *BBC*, 20 de marzo de 2020, acceso el 11 de febrero de 2021, <https://www.bbc.com/news/business-51982005>; <https://www.gov.uk/government/collections/financial-support-for-businesses-during-coronavirus-covid-19> y Alberto Alvarez-Jimenez, 'The international law gaze: COVID-19 and foreign investors.' *New Zealand Law Journal*, (Vol. 271, 300-304, 2020), <https://researchcommons.waikato.ac.nz/handle/10289/13831>; y Lucas Clover Alcolea, 'Coronavirus: Travel restrictions, border shutdowns by country' (2020), p. 5, <https://www.aljazeera.com/news/2020/03/coronavirus-travel-restrictions-border-shutdowns-country-200318091505922.html>

3. Consecuencias de la aplicación de Cláusulas de Guerra

En comparación con otros estándares de protección contenidos en tratados bilaterales y multilaterales de inversión, las Cláusulas de Guerra no han sido aplicadas con mucha frecuencia, precisamente porque – como se ha visto *supra* – su ámbito de aplicación se restringe a los daños causados en Circunstancias Especiales³⁶. Sin embargo, el contexto de la pandemia del COVID-19 y de otras situaciones de emergencia nacional otorga a los inversores una línea adicional de reclamo³⁷.

Resulta muy complicado hacer un análisis general, abstraído de un caso concreto, acerca de las consecuencias derivadas de la aplicación de Cláusulas de Guerra, puesto que las Circunstancias Especiales que desencadenan las medidas del gobierno, el texto del tratado, la magnitud de la pérdida económica y otras circunstancias determinarán el éxito o el fracaso de cualquier reclamación ante un tribunal arbitral. Sin embargo, a efectos didácticos y para ilustrar este trabajo, se puede pensar que existan inversores en Venezuela afectados por las medidas tomadas por el gobierno a raíz de la pandemia que hayan sufrido determinados daños. Si el inversor fuera de la República de Belarús, el texto del tratado que permitiría evaluar las posibles consecuencias jurídicas de los daños sufridos sería el del TBI entre Venezuela y Belarús, adoptado el 6 de diciembre de 2007, que dice literalmente:

“Artículo 5: Compensación por pérdidas

1. A los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debido a guerra u otro conflicto armado, un estado nacional de emergencia, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio de la otra Parte Contratante, les acordará esta otra Parte Contratante, de conformidad con su legislación interna, un trato no menos favorable en cuanto a restitución, indemnización, compensación u otro finiquito del que les acuerda a sus propios inversionistas o a inversionistas de países más favorecidos; el que sea más favorable.

2. Sin perjuicio del párrafo 1 de este Artículo, a aquellos inversionistas de una Parte Contratante que en cualquier situación de las mencionadas en este párrafo sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte Contratante que resulten de: a) una requisición de su inversión o de

³⁶ Algunos casos en los que se aplican este tipo de cláusulas son *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, Award, 21 June 1990, 4 ICSID Reports 246, paras. 58-64; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, Award, 21 February 1997, paras. 7.02-7.15.

³⁷ Varios autores, como Nico Schrijver and Vid Prislán “The Netherlands” en *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 578; Andrew Newcombe and Luis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009), p. 500; y tribunales arbitrales como *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, CIADI caso No. ARB/03/19, Decisión sobre el Fondo, 30 de julio de 2010, párr. 270-271; *Asian Agricultural Products Ltd. c. Republic of Sri Lanka*, CIADI caso No. ARB/87/3, Laudo Final, 27 de junio de 1990, p. 65, con la opinión disidente de Samuel Assante; *Bernardus Henricus Funnekotter y Otros c. República de Zimbabwe*, CIADI caso No. ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009, p. 104; *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya*, caso ICC No. 21537/ZF/AYZ, Laudo, párr. 362-368; consideran que las cláusulas de guerra no pretenden derogar otros derechos o garantías previstos en los tratados bilaterales de inversión. Sin embargo, la visión contraria se defiende en *Noradèle Radjai, Laura Halonen y Panagiotis A. Kyriakou, ‘An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA’, BCDR International Arbitration Review, Volume 3 Issue 2*, p. 231 y en *L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. c. República Popular Democrática de Algeria*, CIADI caso No. ARB/05/3, Laudo, 12 de noviembre de 2008, p. 174.

una parte de ella por las fuerzas armadas de esta última Parte Contratante. b) la destrucción de su inversión o de una parte de ella por las fuerzas armadas o las autoridades de esta última que no fuera necesaria debido a la situación. Les acordará esta última Parte Contratante una restitución o compensación que en cualquier caso deberá ser pronta, adecuada y efectiva, y en cuanto a compensación según los numerales 2 al 4 del Artículo 4 de este Acuerdo, desde la fecha de requisición o destrucción hasta la fecha del pago real, de conformidad con su legislación interna.”

El primer apartado asegura a los inversores de Belarús en Venezuela el estándar de trato nacional y nación más favorecida. Es decir, si Venezuela otorga a los inversores nacionales o de otra nación cualquier tipo de restitución, indemnización, compensación o cualquier otro finiquito para indemnizar los daños causados por la situación de emergencia nacional sanitaria desencadenada por el COVID 19, debe otorgar ese mismo tratamiento a los inversores de Belarús.

El segundo apartado diferencia entre dos posibilidades: (a) pérdidas derivadas de la requisición³⁸ de una inversión por las fuerzas armadas y (b) la destrucción de la inversión por las fuerzas armadas u otras autoridades del estado que no fuera necesaria según la situación. La requisición de la inversión— que no es otra cosa que la expropiación de bienes necesarios durante la Situación Especial — puede ser total o parcial y del texto literal del tratado se deriva que tiene que llevarla a cabo la fuerza armada. Es importante resaltar que, de conformidad con este TBI, la requisición es siempre compensable, independientemente de que sea o no necesaria en el contexto de la Circunstancia Especial. Por lo tanto, por ejemplo, la requisición, por las fuerzas armadas, de una empresa suministradora de oxígeno para hospitales — propiedad de un inversor de Belarús— debería ser compensada, independientemente de la necesidad de la medida.

Por su parte, la destrucción total o parcial de la inversión puede ser causada por las fuerzas armadas o por las autoridades del Estado, por lo tanto, no es necesaria la destrucción física de la inversión, una pérdida significativa total o parcial de su valor puede ser suficiente para que el Estado tenga que indemnizar. A diferencia de lo previsto para la requisición, la destrucción de la inversión solo es indemnizable si el tribunal arbitral encuentra que la misma no era necesaria en el contexto de la Circunstancia Especial. La cuestión por lo tanto de la carga de la prueba de la necesidad será un punto crucial, puesto que si el inversor tiene que probar la falta de necesidad de la destrucción serán ínfimos los casos en los que obtenga una indemnización³⁹.

³⁸ El Diccionario de la Real Academia Española define requisición como: “En tiempo de guerra, recuento y embargo que se hace de cosas necesarias”. Quizá sería más correcto el término *requisita* (que adapta al castellano la palabra francesa *réquisition* y cuya definición jurídica, de conformidad con la misma fuente es: “Expropiación por la autoridad competente de ciertos bienes de propiedad particular, aptos para las necesidades de interés público.”

³⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, p. 58-60.

En todo caso, bajo el TBI Venezuela-Belarus, el inversor tendrá derecho a una compensación “pronta, adecuada y efectiva” y a los intereses “desde la fecha de requisición o destrucción hasta la fecha del pago real, de conformidad con su legislación interna”⁴⁰.

En el contexto de la pandemia del COVID-19, el segundo apartado del Art. 5 del TBI entre Venezuela y Belarus podría invocarse en casos de nacionalización de hospitales o material médico de cualquier tipo, la ocupación temporal o la expropiación de bienes o industrias consideradas cruciales para superar la pandemia que estén en manos de inversores extranjeros⁴¹; pero también en casos de expropiación o destrucción total o parcial de industrias que, sin estar relacionadas con el sector médico, puedan verse afectadas por las medidas tomadas por el gobierno. Por lo tanto, aquellos inversores que hayan sufrido pérdidas derivadas de las medidas estatales emitidas como consecuencia de la pandemia pueden evaluar cómo han afectado las medidas a su negocio y si dichas medidas y su implementación son coherentes con las obligaciones internacionales del Estado receptor⁴².

CONCLUSIONES

Las Cláusulas de Guerra otorgan a los inversores una vía concreta para la reclamación de daños derivados de Circunstancias Especiales. La pandemia del COVID-19 ha dado lugar a la declaración de estado de emergencia nacional en numerosos países, incluido Venezuela, y el Estado ha promulgado numerosas medidas para contrarrestar sus efectos. Las Cláusulas de Guerra garantizan a los inversores extranjeros protegidos por los TBIs firmados por Venezuela que deben ser tratados igual que los inversores nacionales o los inversores de la nación más favorecida en cuanto a cualquier medida compensatoria que pudiera otorgar el estado. Además, algunas Cláusulas de Guerra prevén la posibilidad de que inversores cuyas inversiones sean requisadas o destruidas en el contexto de la pandemia reciban una adecuada compensación por parte del estado.

A la fecha de este artículo, casi dos años después del inicio de la pandemia, el virus SARS-CoV-2 sigue causando estragos con sus múltiples variantes alrededor del planeta. Por lo tanto, resulta prudente llamar la atención sobre la existencia y operatividad de estas cláusulas, de modo que, tanto al momento de tomar medidas para paliar

⁴⁰ La determinación de los intereses de conformidad con la ley del estado hospedador puede ser complicada si la reclamación es en moneda extranjera, pero el texto del tratado es claro.

⁴¹ Lucas Clover Alcolea, 'The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues' Revisited (May 2020). (TDM, ISSN 1875-4120) www.transnational-dispute-management.com, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3740542>.

⁴² GlobalArbitrationReview, 'Peru threatened over coronavirus emergency measure', CosmoSanderson, <https://globalarbitrationreview.com.peacepalace.idm.oclc.org/coronavirus/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>, 5 de junio de 2020

los efectos de la pandemia como de compensar los daños derivados de la misma, los estados actúen de conformidad con sus obligaciones internacionales, so pena de incurrir en las consecuencias compensatorias explicadas *supra*.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez-Jimenez, Alberto. 'The international law gaze: COVID-19 and foreign investors.' *New Zealand Law Journal*, (Vol. 271, 300–304, 2020), <https://researchcommons.waikato.ac.nz/handle/10289/13831>.
- Banco Mundial, Doing Business 2010, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2010>
- Banco Mundial, Doing Business 2020, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2020>
- Clover Alcolea, Lucas. 'The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues' Revisited (May 2020). (TDM, ISSN 1875-4120) www.transnational-dispute-management.com, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3740542>
- Decreto N° 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020.
- Global Arbitration Review, 'Peru threatened over coronavirus emergency measure', Cosmo Sanderson, <https://globalarbitrationreview-com.peacepalace.idm.oclc.org/coronavirus/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>, 5 de junio de 2020.
- Harvard's Growth Lab at the Center for International Development (CID) at Harvard University, "Atlas of Economic Complexity", acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://atlas.cid.harvard.edu/rankings/>
- IndexMundi, acceso el 16 de noviembre de 2021, <https://www.indexmundi.com/es/datos/venezuela/indicador/BM.KLT.DINV.CD.WD>
- Lee, Janice. 'Note on covid-19 and the police powers doctrine: assessing the allowable scope of regulatory measures during a pandemic' (13(1) CONTEMP. ASIA ARB. J. 229, 2020)
- Modelo de Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras de Canadá: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng#article-22
- Newcombe, Andrew and Luís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009).
- Ni Aolain, Fionnuala. 'The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence' (19 Fordham Int'l L.J. 101, 103, 1995); DCAF Background: States of emergency (October 2005).
- Pérez-Aznar, Facundo. 'Investment Protection in Exceptional Situations: Compensation-for-Losses Clauses in IIAs', *ICSID Review*, Volume 32 Issue 3.
- Radjai, Noradèle, Laura Halonen y Panagiotis A. Kyriakou, 'An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA', *BCDR International Arbitration Review*, Volume 3 Issue 2).
- Resolución Conjunta de los Ministerios de Trabajo y Petróleo para el Proceso Social del Trabajo y de Petróleo de fecha 1 de septiembre de 2020.
- Resolución Conjunta de los Ministerios de Trabajo y Petróleo, de fecha 9 de junio de 2021.
- Schreuer, Christoph. 'The protection of investments in armed conflicts', *Investment Law within International Law* (2013).

Schrijver, Nico and Vid Prislán "The Netherlands" en *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), "Case Database", último acceso el 15 de noviembre de 2021, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

The Legatum Prosperity Index, Legatum Institute, acceso el 16 de noviembre de 2021, https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4429 y <https://www.prosperity.com/globe/venezuela>