



UN BOLETÍN EN LÍNEA SOBRE DERECHO Y POLÍTICAS DE INVERSIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

NÚMERO 2. TOMO 12. JUNIO 2021



Negociaciones Virtuales: Lecciones de una encuesta con negociadores de la IDC y la CNUDM

Taylor St. John y Zoe Williams



Entrevista con Nicolás Perrone sobre el libro *Tratados de Inversión y la Imaginación Legal: Cómo Inversores Extranjeros Juegan bajo sus Propias Reglas*

Nicolás M Perrone



Cláusulas de Estabilización e Implicancias para los Derechos Humanos y la Igualdad de Género

Sangwani Patrick Ng'ambi



Reforma del Tratado sobre la Carta de la Energía: por qué la denuncia es una opción

Nathalie Bernasconi-Osterwalder





Contenido

ARTÍCULO 1 Negociaciones Virtuales: Lecciones de una encuesta con negociadores de la IDC y la CNUDM.....	4
ARTÍCULO 2 Entrevista con Nicolás Perrone sobre el libro <i>Tratados de Inversión y la Imaginación Legal: Cómo Inversores Extranjeros Juegan bajo sus Propias Reglas</i>	8
ARTÍCULO 3 Cláusulas de Estabilización e Implicancias para los Derechos Humanos y la Igualdad de Género.....	13
ARTÍCULO 4 Reforma del Tratado sobre la Carta de la Energía: por qué la denuncia es una opción.....	16
NOTICIAS EN BREVE	22
Progresan los Debates Estructurados sobre la Facilitación de las Inversiones.....	22
El WGIII de la CNUDMI se reúne nuevamente para debatir el Plan de Trabajo y de Recursos; observadores de la sociedad civil plantean inquietudes.....	22
Panorama incierto para el Acuerdo Global de Inversiones entre la UE y China, mientras el Parlamento de la UE Vota para Suspender los Esfuerzos de Ratificación.....	23
Actualización sobre Controversias de Energía Europeas.....	24
Canadá Publica Modelo 2021 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.....	24
LAUDOS Y DECISIONES	26
Tribunal de la CNUDMI dictamina que India incumple TBI entre India y el Reino Unido en procedimientos iniciados por entidades Cairn.....	26
RECURSOS Y EVENTOS	29

INVESTMENT TREATY NEWS

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
 Casa Internacional del Medio Ambiente 2
 9, Chemin de Balxert, 6° andar
 1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas
 Nathalie Bernasconi

Directora Editorial
 Zoe Phillips Williams

Redactora, edición en francés
 Suzy Nikièma

Redactora, edición en español
 Marina Ruete

Tel +41 22 917-8748

Fax +41 22 917-8054

Email itn@iisd.org

Twitter [iisd_news](https://twitter.com/iisd_news)

Traductora, edición en francés
 Isabelle Guinebault

Traductora, edición en español
 María Candela Conforti

Oficial de Prensa y Comunicaciones
 Sofía Baliño

Noticias en Breve
 Cesar Henrique Arrais

Design (PDF)
 PortoDG



LISTA DE ABREVIATURAS

AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global
AII	Acuerdo Internacional de Inversión
APP	Asociación Pública-Privada
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
CAO	Comunidad de África Oriental
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Comisión Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CJE	Corte de Justicia Europea
CJUE	Corte de Justicia de la Unión Europea
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
Convención del CIADI	Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPTPP	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión Extranjera Directa
IISD	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
ISDS	Solución de Controversias Inversionista-Estado
ITN	Investment Treaty News
NMF	Nación Más Favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODS	Objetivo de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Mundial del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
RCEP	Asociación Económica Integral Regional
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
SADC	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SCC	Cámara de Comercio de Estocolmo
STI	Sistema de Tribunales de Inversiones
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TMI	Tribunal Multilateral de Inversiones
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo



ARTÍCULO 1

Negociaciones Virtuales: Lecciones de una encuesta con negociadores de la IDC y la CNUDM

Taylor St. John y Zoe Williams



Después de que se declarara la pandemia a principios de 2020, importantes negociaciones mundiales pasaron a conducirse en línea. Si bien las negociaciones y debates virtuales eran una necesidad inmediata debido a las circunstancias, podrían perdurar por mucho tiempo después de que la pandemia termine, dada la emergencia climática y la tendencia a largo plazo hacia reuniones más virtuales y una mayor dependencia de las tecnologías digitales.

Las negociaciones virtuales crean nuevos desafíos para los funcionarios, así como también nuevas oportunidades. Para saber más sobre las consecuencias de pasar a conducirlos en línea, encuestamos a negociadores involucrados en dos procesos en curso: los “debates estructurados” de la Iniciativa de Declaración Conjunta (IDC) sobre la facilitación de las inversiones de un grupo de Estados miembros de la OMC y el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS. Preguntamos a los funcionarios sobre los desafíos que enfrentan tanto en las negociaciones y conversaciones en persona como en las virtuales; cómo se preparan para ambos tipos de reuniones; quién participa en las negociaciones en persona y en las virtuales y si esto difiere entre una y otra; cómo la comunicación y el desarrollo de las negociaciones se han modificado con el cambio en línea; las impresiones generales sobre los beneficios y las desventajas de las negociaciones virtuales; y qué arreglos de negociación preferirían los delegados que se llevaran a cabo. Este artículo se basa en un documento más extenso donde se

discuten los resultados de la encuesta, que también ha servido como la base para un seminario web del IISD.

En resumen, descubrimos que si bien el “esquema” básico de las negociaciones no ha cambiado drásticamente con su realización en línea, el color de la pintura se ha desvanecido –los delegados sienten la falta de conocer a sus colegas, discutir informalmente e interpretar las reacciones en la sala. Aunque estos elementos intangibles pueden parecer superficiales, son esenciales para lograr compromisos y la cooperación que sustentan el éxito de las negociaciones multilaterales. Además, los desafíos que enfrentan algunas delegaciones, tales como lidiar con zonas horarias o conexión de internet poco fiable, deberán ser abordados si las negociaciones virtuales han de ser inclusivas y accesibles.

La Encuesta

Nuestra encuesta fue enviada a potenciales encuestados –negociadores tanto en el proceso de la CNUDMI como en el de la IDC– quienes fueron otorgados la opción de completar la encuesta en inglés, francés o español. La encuesta fue enviada a 171 negociadores de países en desarrollo y a 16 negociadores de la OCDE que participan en el proceso de la CNUDMI. De este grupo recibimos 45 respuestas con una tasa de respuesta del 26%. Además, enviamos la encuesta a 53 funcionarios de países en desarrollo que participan en el proceso de la IDC y recibimos 18 respuestas (una tasa de respuesta del 34%). Recibimos respuestas a la encuesta de funcionarios representantes de 40 países y de tres organizaciones regionales, quienes representan a gran una variedad de ministerios y agencias, incluyendo economía y finanzas, comercio e industria, inversión y promoción de las inversiones, asuntos exteriores, oficinas de procuradores generales y equipos de defensa de controversias de inversión, así como de delegaciones permanentes de la OMC.

Obstáculos a la Participación

En primer lugar, preguntamos a nuestros encuestados si enfrentaron algún obstáculo para participar o asistir



a las negociaciones y reuniones en persona, y de ser así, cuáles fueron estos obstáculos. La respuesta más frecuentemente seleccionada fue “fondos suficientes para el hotel o el viaje” (30%), seguido de “obtención de la aprobación del ministerio para los viajes y la participación” y “conocer de las reuniones con la antelación adecuada” (14% cada una).

Las negociaciones y reuniones virtuales parecen abordar dos de estas inquietudes, pero pasar a realizarlas en líneas crea nuevos desafíos. Los obstáculos más frecuentemente seleccionados de la participación virtual fueron las zonas horarias y “prioridades contrapuestas en el trabajo” –se esperaba que muchos delegados completaran el trabajo diario y asistieran a las reuniones ya que no viajaron a las mismas. Los desafíos técnicos también fueron mencionados con relativa frecuencia como problemas que enfrentan los encuestados.

Preparación y Participación

Preguntamos a los encuestados sobre cómo se preparan y cuánto tiempo dedican a prepararse para las reuniones en persona versus las virtuales. Si bien cómo se preparan no cambió dramáticamente, la cantidad de tiempo dedicado a la preparación para las reuniones en línea fue menor –significativamente para algunos delegados.

También preguntamos a los encuestados si quién participa en las reuniones virtuales podría diferir de aquellas que se desarrollan en persona. Notablemente, el 39% dijo que el país tenía mayor probabilidad de asistir a una negociación o reunión virtual que a una en persona, mayormente debido a cuestiones de costos. El cincuenta por ciento de los encuestados también respondió que su delegación probablemente esté compuesta por representantes de varios ministerios. En otros aspectos, tales como género o antigüedad, no esperaban que las delegaciones virtuales fueran diferentes a las delegaciones en persona.

Comunicación con Otras Delegaciones

Durante las negociaciones en persona, una comunicación significativa tiene lugar en los márgenes, mientras los negociadores conversan informalmente durante los recreos o el almuerzo. En estos espacios, comparten valiosa información y descubren quienes pueden ser posibles aliados ¿Se recrean estas conversaciones informales en un espacio virtual? ¿Hasta qué punto los delegados han encontrado formas para comunicarse informalmente con otras delegaciones durante las reuniones virtuales?

La mayoría de los encuestados reportaron que hablar informalmente con otros delegados y conocer a nuevos funcionarios eran importantes prioridades durante las reuniones en persona. Solicitamos a los encuestados que pensarán en qué momento de las reuniones identificaron países afines y decidieron cooperar. Casi la mitad de todas las respuestas indicaron que identificaron a estos países y decidieron cooperar durante un recreo o en otros debates informales. De acuerdo con un encuestado “los debates durante los recreos son fundamentales para el proceso de negociación” que “no sólo son necesarios para coordinar posiciones sino también para ‘mirar a tu alrededor’, anticipar problemas, anticipar nuevas posiciones, interpretar reacciones mediante el lenguaje corporal, ajustar intervenciones sobre la marcha”.

Seguimos preguntando si esta cooperación habría tenido lugar en un contexto en línea. La mayoría de los encuestados de la CNUDMI respondieron que no, por ejemplo, porque sería difícil identificar con quiénes cooperar y averiguar cómo contactarlos. Un encuestado expresó, “¡No! Las reuniones virtuales también pueden distraerte si uno es libre de trabajar en otra cosa y está menos inmerso/a en la discusión/conversación. Además, uno se pierde mirando rostros, y de hacer un seguimiento directo con otros Estados sobre cuestiones o inquietudes, especialmente dado que la información de contacto puede no estar disponible oportunamente”.

Otro encuestado también destacó que el cambio en línea sirvió para formalizar en mayor medida las comunicaciones, dado que es más probable que las delegaciones se basen en posiciones escritas. Esto tiene el efecto de limitar el debate sobre diferentes posibilidades, porque “Cuando algo está escrito se convierte en un precedente y, por lo tanto, los Estados intentan sólo escribir sus posiciones oficiales. Llegar a un consenso requiere un espacio seguro para el debate, donde las partes sean libres de expresar nuevas posiciones o perspectivas”.

Si bien muchos encuestados reportan utilizar correo electrónico y mensajes de texto para comunicarse tanto en las reuniones en persona como en las virtuales, muchos destacaron que contactan a otras delegaciones con menor frecuencia desde que pasaron a realizarse en línea.

En general, parece que la comunicación durante los debates en línea carece de algunos de los elementos tangibles que tornan la negociación más efectiva.



Desarrollo de las Negociaciones

El paso a las negociaciones y reuniones en línea también ha cambiado el desarrollo de las mismas. Uno de los hallazgos más significativos de la encuesta es que muchos encuestados sienten que no pueden enfocarse plenamente, ya que al mismo tiempo se espera que ellos realicen el trabajo diario. Tal como un encuestado destacó, “en las negociaciones virtuales la atención de cada participante se divide entre la reunión y sus actividades, y el trabajo diario”. De hecho, casi el 50% de los encuestados reportaron que se encuentran menos enfocados durante las negociaciones virtuales de lo que estarían si participasen en persona.

Mientras que cumplir con otras tareas junto con las negociaciones plantea un desafío, la presencia de funcionarios públicos que de otra manera no participarían en las negociaciones puede resultar algo tanto positivo como negativo para los delegados. Por un lado, la presencia de funcionarios de alto nivel podría ejercer un efecto amedrentador en los negociadores, tornándolos más propensos a “asumir una posición” en beneficio de audiencias nacionales. Por otro lado, las negociaciones virtuales pueden ser más accesibles, y brindar una experiencia de aprendizaje, para los funcionarios con menos antigüedad. Este parece ser el caso de al menos algunas delegaciones –alrededor de la mitad de los encuestados dijeron que no hubo cambios en quién es más probable que brinde contribuciones, mientras que la otra mitad respondió que los funcionarios con menos antigüedad, los funcionarios que trabajan en las capitales y/o las mujeres funcionarias tenían mayor probabilidad de ofrecer contribuciones cuando las negociaciones eran conducidas de manera virtual.

Impresiones Generales

Luego preguntamos a los encuestados acerca de sus impresiones generales sobre lo que había cambiado con las negociaciones en línea. Sus respuestas fueron agrupadas dentro de tres temas.

El primero es que las negociaciones virtuales limitan las oportunidades de debates informales. Varios encuestados se hicieron eco de este tema, donde uno destacó que, “La mayor diferencia es que los debates informales –que son muy importantes– suceden espontáneamente en las negociaciones en persona, y por el contrario, necesitan ser facilitados en las negociaciones virtuales”. Otro observó que “resulta más fácil continuar las conversaciones” en las reuniones en persona.

Los encuestados también remarcaron que hubo menos oportunidades, si es que hubo alguna, de conocer a los otros negociadores y construir una relación con los mismos. Esto torna los debates más formales y “más serios”, menos agradables y como “más trabajosos”. Un encuestado lo dijo claramente: “no se construyen nuevas relaciones en negociaciones virtuales”.

Finalmente, los encuestados subrayaron que hay menos tiempo para las negociaciones. Por ejemplo, las sesiones del WGIII de la CNUDMI fueron reducidas de seis a cuatro horas diarias al pasar a realizarse en línea. El tiempo de almuerzo o cena que los negociadores dedicarían a hablar unos con otros también desaparece.

Beneficios y Desventajas de las Negociaciones Virtuales

También solicitamos a los encuestados que identificaran los beneficios y las desventajas del cambio en línea. Con mayor frecuencia, los encuestados destacaron menores costos como un aspecto positivo, y consecuentemente, más oportunidades para una mayor participación. De hecho, muchos encuestados coincidieron en esto, y uno de ellos lo expresó sucintamente: “Menos gastos, más delegados”.

Por otro lado, la falta de comunicación informal y la construcción de relaciones fue considerada como una desventaja significativa. Muchos encuestados explicaron por qué este tipo de contacto es indispensable para el éxito de las negociaciones, destacando cuán importante es conocer a otros funcionarios para aumentar la confianza, compartir información y lograr compromisos. Tal como lo explicó un encuestado, “La interacción social con otros delegados es importante. No es lo mismo interactuar con ellos diariamente durante las reuniones en persona que interactuar a través de plataformas en línea. Falta el contacto personal entre los participantes”. Esto también lleva, según los encuestados, a una menor persuasión “porque no hay suficiente espacio para convencer a otros o ser convencido”, y menos oportunidades de aprendizaje.

Además, muchos delegados creen que obtienen menos información de una negociación virtual. Tal como señaló un encuestado, “entendemos menos” y “el tiempo es muy limitado”. En parte esto se da por la ausencia de conversaciones informales y la incapacidad de mirar alrededor, pero unos pocos encuestados destacaron que “las reuniones virtuales tienen una forma que deja de lado a los miembros menos activos”.



Finalmente, el efecto de las zonas horarias también afecta de manera desigual a las delegaciones, lo cual puede contribuir a una menor variedad de disertantes en las negociaciones virtuales. Pocos encuestados señalaron que “las zonas horarias son la mayor desventaja” o “el principal inconveniente”.

Para Avanzar

Para finalizar la encuesta, solicitamos a los encuestados que pensarán qué aspectos de las negociaciones virtuales funcionan bien, y cómo desearían que las negociaciones fueran llevadas a cabo en el futuro. En general, los encuestados creen que las etapas anteriores o preparatorias así como etapas más técnicas de las negociaciones podrían llevarse a cabo de manera efectiva en línea, mientras que ultimar los detalles y alcanzar compromisos en las etapas posteriores se logra mejor en persona.

Finalmente, en miras a las negociaciones a largo plazo, preguntamos, “Una vez que las reuniones en persona sean posibles de nuevo, ¿preferiría usted negociaciones totalmente en persona, híbridas o una continuación de las negociaciones virtuales? ¿Por qué?” Los encuestados de la CNUDMI se dividieron en partes iguales entre las negociaciones en persona y las negociaciones virtuales. Pero todos menos un encuestado de la IDC prefirieron cierta forma de negociación híbrida (entendido como que algunas etapas sean conducidas en línea y otras en persona). Ningún encuestado prefirió la continuación de las negociaciones únicamente de forma virtual.

Conclusiones

Finalizamos el documento más extenso con una serie de recomendaciones para los Gobiernos, delegados y secretarías sobre cómo, en base a lo aprendido a partir de esta encuesta, tornar las negociaciones virtuales o híbridas más efectivas. Estas incluyen sugerencias concretas, tales como garantizar que los funcionarios utilicen auriculares, y minimizar las distracciones o prioridades contrapuestas para los mismos. También incluyen sugerencias más experimentales sobre medidas que podrían ayudar a permitir el contacto informal en un contexto virtual.

También planteamos algunas consideraciones y advertencias. Otra forma de negociaciones híbridas, en las que algunos delegados participan en persona y otros de manera virtual, podrían introducir una nueva clase de desigualdad al crear un sistema “de dos niveles” donde los Gobiernos representados virtualmente son dejados de lado en las discusiones. Dado que

los participantes de algunos países probablemente puedan ser vacunados antes o estar sujetos a diferentes restricciones de traslado, esto agravaría las desigualdades existentes y podría menoscabar la inclusividad de las negociaciones.

Además, todos aquellos involucrados en las negociaciones deberían ser conscientes del cambio en las dinámicas que puede sobrevenir con las negociaciones virtuales o híbridas. Por un lado, una mayor participación y monitoreo de funcionarios con mayor antigüedad o de otros ministerios puede reducir la capacidad discrecional de las negociaciones, limitando su capacidad de alcanzar compromisos. Por otro lado, una mayor participación de individuos dentro del Gobierno podría tener la consecuencia de ampliar el interés en las negociaciones dentro del Gobierno y fomentar su apoyo.

Por último, las negociaciones virtuales o híbridas reducen los costos –financieros y ambientales– de las negociaciones internacionales y las tornan más accesibles. Estos son beneficios importantes. Sin embargo, al mismo tiempo, se pierden elementos cruciales de una negociación exitosa, tales como interpretar expresiones o intercambios informales en el cambio a las negociaciones en línea. Por lo tanto, dado que las negociaciones virtuales probablemente aumenten en frecuencia e importancia, es probable que los Gobiernos también deseen preservar su lugar también en las futuras reuniones en persona.

Autores

Taylor St. John es Conferencista en Relaciones Internacionales en la Universidad de St. Andrews. Participa en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI como observadora de iCourts, Universidad de Copenhague.

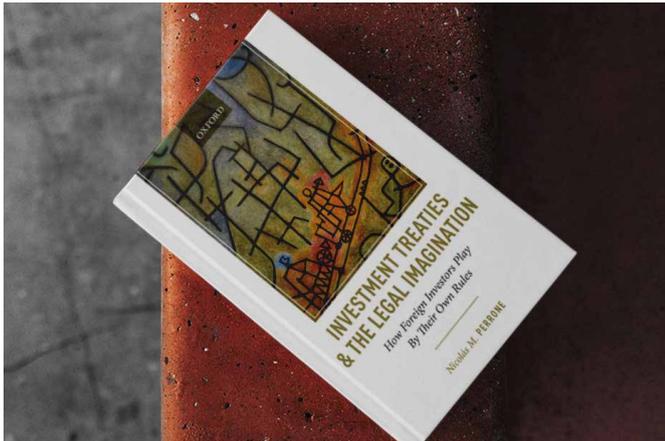
Zoe Williams es Jefa de Redacción de *Investment Treaty News*.



ARTÍCULO 2

Entrevista con Nicolás Perrone sobre el libro *Tratados de Inversión y la Imaginación Legal: Cómo Inversores Extranjeros Juegan bajo sus Propias Reglas*

Nicolás M Perrone



Tratados de Inversión y la Imaginación Legal: Cómo Inversores Extranjeros Juegan bajo sus Propias Reglas (en inglés *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play By Their Own Rules*), el libro más reciente del Profesor Nicolás Perrone sobre el régimen internacional de inversiones, fue publicado por Oxford University Press en abril de 2021. Este libro nos invita a pensar sobre las diferentes maneras en que los orígenes del régimen –las personas que lo concibieron, y las circunstancias en las que lo hicieron– dan cuenta de cómo funciona hoy en día. Sobre todo, destaca lo limitada que era su visión fundacional, lo cual ha llevado a que los profesionales en la actualidad ignoren los aspectos fundamentalmente sociales y políticos de las relaciones entre los inversores y los Estados. A continuación presentamos una conversación levemente editada entre la editora de ITN, Zoe Williams y el Profesor Perrone sobre algunas de las principales ideas de este libro.

¿Qué lo motivó a escribir este libro? ¿Qué vacío en nuestra comprensión sobre el derecho de las inversiones y la ISDS intenta llenar?

El libro intenta reunir algunas de las intuiciones que he tenido durante más de una década.

Primero, el debate en torno al derecho de los tratados

de inversión va más allá de la tensión entre el inversor extranjero y el derecho de los Estados a regular. Al enmarcar el debate en estos términos se asume que estos derechos son tanto auto-definidos como fáciles de interpretar. La verdad, sin embargo, es que los derechos contractuales y de propiedad son piezas fundamentales de la organización social, y hay mucho en juego en su interpretación. La cuestión no sólo es cómo equilibrar estos dos derechos sino también qué se está equilibrando. Además, las relaciones de la inversión extranjera no solo se tratan de inversores y Estados; también están los Estados de origen, las élites nacionales y las comunidades locales. Es importante destacar que los inversores y los Estados (o élites nacionales) a menudo trabajan juntos para avanzar en un proyecto. Así que la premisa de que siempre hay tensión entre los Estados y los inversores extranjeros es una interpretación errónea.

Segundo, la práctica de la ISDS no es una coincidencia sino, de alguna manera, el resultado esperado de un proyecto de actores multinacionales que trabajan en el sector de los recursos naturales, particularmente los inversores y sus abogados. Siempre fui suspicaz con respecto al argumento de que el desarrollo de la práctica de la ISDS era impredecible. De hecho, existe un patrón de interpretación notablemente similar que se remonta a los primeros debates sobre los AII. Hago referencia a esto como imaginación jurídica: la relación entre estos debates jurídicos y el proyecto mundial de estos individuos. Abs, Shawcross¹, Royal Dutch Shell, la CCI, el Colegio de Abogados de los Estados Unidos (ABA, por sus siglas en inglés) y otros definieron el canon de imaginación, y seguimos operando dentro de este canon.

¹ Hermann Abs, Director del Deutsche Bank y Hartley Shawcross, Asesor General de Royal Dutch Shell, juntos escribieron el ‘Convención de Abs-Shawcross sobre las Inversiones en el Extranjero’ en 1959, donde se establecen estándares de protección de las inversiones que actualmente aparecen en miles de AII.



El libro reúne estas dos intuiciones haciendo uso de la historia, el análisis socio-jurídico y la teoría del derecho (derecho transnacional, derecho de propiedad), intentando ser fiel a la práctica de la ISDS y representando este campo lo más honestamente posible.

Usted argumenta que el estado actual del régimen internacional de inversiones se basa en "un metalenguaje del derecho internacional de las inversiones que todavía influye en la actualidad"

¿Cuáles son los elementos básicos de este metalenguaje? ¿Por qué es importante entender el derecho internacional de las inversiones desde esta perspectiva?

Esto es muy importante. Mi argumento sobre una imaginación jurídica es que los *norm entrepreneurs* desarrollaron un vocabulario, un metalenguaje, para hablar sobre las relaciones de la inversión extranjera y estamos atrapados en el mismo. Por supuesto, este vocabulario no es completamente nuevo; los *norm entrepreneurs* se basan en los debates de finales del siglo 19 y principios del siglo 20 con las prácticas del Imperio Legalista de los Estados Unidos y sus inversores, y los principales arbitrajes internacionales durante el período de entreguerras.

Este vocabulario representa las relaciones de la inversión extranjera como transacciones, coloca a los inversores y a los Estados en el mismo nivel, y normativiza la premisa de que los Estados otorgan incentivos a los inversores, la idea de riesgo político y el arbitraje como una forma de resolver controversias, y que los AII pueden atraer la IED. Pero los *norm entrepreneurs* nunca tuvieron evidencia empírica para respaldar estos argumentos, y algunos de los ejemplos que presentan sobre el comportamiento estatal arbitrario, en realidad fueron casos de inversores terribles que pagaban sobornos e interfirieron en la política interna.

Nada de esto sugiere que los Estados nunca se hayan comportado de manera arbitraria, pero el núcleo de las relaciones de la inversión extranjera muestra a inversores que extraen incentivos y gozan de un mejor trato que los inversores nacionales. Abs, Shawcross, la CCI se encargaron de convencer a los Estados de ofrecer incentivos, depender de sus recursos naturales para desarrollar sus economías y olvidarse de la industrialización. Los regalos regulatorios (incentivos ampliamente definidos) son tan relevantes al derecho de los tratados de inversión como las expropiaciones regulatorias, pero hemos elegido hablar solamente de las últimas.

Este metalenguaje también oscurece o torna irrelevante la manera en que los Estados garantizan que la inversión extranjera beneficie al país receptor, cómo facilitamos una distribución justa de los beneficios, costos y riesgos, o cómo manejamos el poder asimétrico de negociación. También oculta las implicancias de no contar con el agotamiento de recursos locales y la importancia de los requisitos de desempeño. Además, invisibiliza a la comunidad local, describiendo al sitio de inversión como una suerte de *terra nullius* donde sólo existe un inversor extranjero y un Estado capaz de otorgar licencias.

Su historia comienza con un grupo de "norm entrepreneurs" en las décadas de 1950 y 1960. ¿Cuál era su objetivo, primero normativamente y luego sustantivamente? ¿Obtuvieron lo que querían?

Estos *norm entrepreneurs* eran un grupo de financiadores, abogados y líderes empresariales de Europa y de los Estados Unidos que dieron una alarma luego de las nacionalizaciones en Irán, Indonesia y Egipto. Shawcross argumentó que los Estados no podrían expropiar si se habían comprometido a no hacerlo en contratos de concesión, y que los Estados podrían renunciar a su derecho de dominio eminente a través de un contrato. A este respecto, los *norm entrepreneurs* perdieron.

Pero también se encontraban preocupados por el hecho de que los países del Hemisferio Sur pudieran basarse en la doctrina de compensación parcial, la cual fue desarrollada por influyentes abogados internacionales en el período de entreguerras. Nos dijeron que los países de América Latina rechazaron la fórmula oportuna, adecuada y efectiva, y que los Estados Unidos y Europa insistieron sobre la misma. La realidad fue que los países europeos nacionalizaron industrias enteras después de la Segunda Guerra Mundial. Este ejemplo fue peligroso para los inversores que temían que los países del Hemisferio Sur imitaran esto, tal como lo hicieron, por ejemplo, con la nacionalización del cobre chileno. Aquí, los *norm entrepreneurs* tuvieron éxito, y la compensación en la práctica de la ISDS tiende a ser mucho más elevada que la otorgada por los tribunales nacionales.

Su otra preocupación era que los Estados intervinieran demasiado en la economía. Así que defendieron nociones jurídicas, como las expropiaciones indirectas y la protección de las empresas (incluyendo la protección de las expectativas legítimas) para disciplinar este tipo de intervenciones. Esta forma de referirse al derecho de las inversiones es notablemente similar a la práctica actual de la ISDS.



Usted escribió que "la propiedad puede estar integrada en organizaciones sociales, políticas y económicas que pueden o no coincidir con los Estados... las nociones de orden público y privado expresan la tensión entre los derechos del inversor extranjero y el derecho de los Estados a regular, pero no distinguen este otro nivel de conflicto" ¿Puede ampliar sobre la importancia de "lo local " para su análisis, y tal como menciona, la forma en que el régimen construye la propiedad "buena" y "mala"?

Este es un punto crítico, y creo que la literatura no ha prestado suficiente atención a la integración. La tensión público-privada es sólo una dimensión de lo que ocurre dentro de los derechos contractuales o de propiedad. La global-local es otra dimensión relevante. Tal como sucede con la público-privada, no hay una definición o distinción clara, sino más bien, cierta adaptación que nunca es definitiva o totalmente pacífica. He cometido el error en el pasado de referirme a los derechos del inversor extranjero como derechos sobre los bienes, como si no estuvieran integrados en relaciones sociales, pero no es cierto. Los derechos de los inversores extranjeros destacan las relaciones sociales transnacionales dentro de la firma, de otras firmas, de élites capitalistas transnacionales o del mercado global. Así es que existe un proceso de adaptación y negociación entre lo global, lo nacional y lo local. Los derechos de los inversores extranjeros siempre tienen una dimensión global y local, tanto como una privada y una pública.

La relevancia de la dimensión global-local es que nos permite ver que formalmente, los derechos pueden ser nacionales, tales como una licencia ambiental, pero pueden estar integrados en el plan de negocios del inversor extranjero. Esta situación es algo que la práctica de ISDS toma en cuenta. Esencialmente, y estoy generalizando, el patrón de interpretación que encontramos es que lo global es bueno y lo local es malo. Lo global representa progreso, merece estar protegido e ilustra algo razonable, mientras que lo local está atrasado, es arbitrario y no debería estar protegido —o debería recibir menos protección. Al mismo tiempo, nunca es puramente uno o lo otro; la pregunta para los estudiosos del derecho —y también es relevante desde una perspectiva político-económica— es cuál es ese equilibrio y cuáles son sus implicancias normativas.

Hemos publicado varios artículos sobre las comunidades locales y la ISDS², y lo que Ud. denomina la "invisibilidad de comunidades locales" en el derecho de las inversiones es una cuestión que está atrayendo mayor atención. Escribió que esta invisibilidad "se basa en la premisa de que los Estados representan los intereses locales al tratar con los inversores extranjeros" ¿Por qué cree que esta premisa es errónea?

El argumento de la invisibilidad no solo se basa en el hecho de que las comunidades no poseen capacidad legal en la ISDS ni derechos bajo los AII, sino también en que ni el derecho de los tratados de inversión ni la mayoría de la literatura político-económica, discuten su papel. Por supuesto, existen referencias a las comunidades locales en anteriores trabajos. Sin embargo, pienso que la situación comenzó a cambiar con Lorenzo Cotula y mi trabajo, ambos basados en una propiedad heurística, la cual demuestra que las comunidades locales no han sido escuchadas, pero que aun así son centrales en el tejido fáctico de los casos de ISDS.

"El patrón de interpretación que encontramos es que lo global es bueno y lo local es malo. Lo global representa progreso, merece estar protegido e ilustra algo razonable, mientras que lo local está atrasado, es arbitrario y no debería estar protegido – o debería recibir menos protección."

² Cotula, L. (2021, marzo 23) Reforma de derecho de la inversión desde cero: extractivismo, derechos humanos y tratados de inversión. *Investment Treaty News* <<https://www.iisd.org/itn/es/2021/03/23/rethinking-investment-law-from-the-ground-up-extractivism-human-rights-and-investment-treaties-lorenzo-cotula/>> y Sands, Anna (2020, diciembre 29) ¿El Régimen de los Tratados de Inversión Promueve la Buena Gobernanza? El caso de la minería en Santurbán, Colombia <https://www.iisd.org/itn/es/2020/12/19/does-the-investment-treaty-regime-promote-good-governance-the-case-of-mining-in-santurban-colombia-anna-sands/>



Pienso que no podemos asumir que los Estados representan los intereses locales. El derecho de los tratados de inversión representa las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados como si siempre hubieran luchado por lograr la mejor distribución posible de los beneficios, costos y riesgos. Los casos que analizo en el libro, sin embargo, ilustran que sus relaciones a veces son muy cooperativas. Aquellos Gobiernos avanzaron en el proyecto y apoyaron los intereses de los inversores hasta que la situación escaló a un estallido social o generó violencia generalizada.

La literatura del desarrollo muestra que las coaliciones que favorecen los proyectos extractivos, generalmente están compuestas por élites extractivas nacionales, quienes en ocasiones resultan estar en el Gobierno, y por inversores extranjeros. En este contexto, asumir que los Estados están del lado de la comunidad y no del inversor puede resultar empírica y normativamente errado. Las élites extractivas poseen una visión diferente sobre sus países —sobre la tierra y las personas— que la de las comunidades locales y las élites desarrollistas.

¿Quiénes son los "norm entrepreneurs" relevantes hoy en día? ¿Cómo formulan sus debates en curso sobre la reforma del régimen?

En la conclusión del libro, hago referencia a un capítulo de David Schneiderman en el cual habla sobre los *norm entrepreneurs* en el presente. Los intereses que favorecen la ISDS y los AII aún están allí; el extractivismo es importante en el Hemisferio Sur. Al mismo tiempo, está claro que a toda la comunidad empresarial mundial no le importa tanto este régimen. La ISDS adquiere más sentido para aquellos inversores que invierten en bienes inmuebles, tales como recursos naturales o infraestructura.

Los fuertes defensores de los AII y la ISDS formulan el régimen de manera similar en la actualidad, reproduciendo un canon de imaginación donde los inversores y los Estados son los actores principales, donde el principal problema es el riesgo político, donde el derecho internacional de las inversiones es esencialmente los derechos del inversor extranjero y la ISDS. La principal diferencia entre los anteriores *norm entrepreneurs*, y los de la actualidad, es que muchos de los últimos también son árbitros e interpretan el derecho.

Estos individuos pueden aceptar algún cambio marginal que parezca ser progresivo. Por ejemplo, John Blair (de Shell y de la CCI) defendió la idea de incluir obligaciones o responsabilidades voluntarias en la década

de 1970. Hoy, aquellos que defienden la ISDS pueden aceptar que las comunidades locales participen en los procedimientos o incluso que presenten casos contra inversores. Nuevamente, esta posición no iría en contra del canon de imaginación, y, de hecho, fue concebido en la década de 1960 tal como señalo en el libro.

Ud. escribió "Una vez que amplíemos nuestra perspectiva, no obstante, para también concentrarnos en las relaciones sociales que la propiedad crea entre las personas, o en cómo los contratos afectan a terceros y a una sociedad determinada, la autonomía y las expectativas de otros propietarios y no propietarios difícilmente puedan ser conciliadas".

Se trata de una articulación poderosa sobre cuán limitado es el entendimiento tradicional de los derechos del inversor (y de las obligaciones estatales), y toda reforma verdadera de nuestro enfoque a la inversión extranjera debe tener esto en cuenta. Sin embargo, me parece que esto puede estar fuera del alcance de lo que el derecho internacional de las inversiones (o tal vez el derecho internacional en su conjunto) puedan abordar. Creo que la tendencia de muchos actores involucrados en el proceso de reforma (y otros trabajos tangencialmente relacionados sobre derechos humanos y empresas) es añadir derechos y obligaciones basados en el derecho internacional para las comunidades y las empresas, respectivamente, en un intento por "re-insertar" el derecho internacional. En 2018, el IISD organizó una reunión de expertos para analizar precisamente esta cuestión.

¿Está de acuerdo con esta caracterización, y piensa que es este el enfoque correcto? Si no ¿qué es lo que falta, y cuál podría ser una alternativa?

Creo que es correcto. Cuando uno insiste en este punto, tiene la intuición de que hay un problema. Si la cuestión es que los Estados han cedido demasiada



soberanía ¿es la solución pedirles que cedan aún más al internacionalizar las obligaciones del inversor extranjero? Los inversores extranjeros deberían cumplir con el derecho nacional, y las obligaciones deberían ser definidas y ejecutadas a nivel nacional.

El problema es que, en términos de la teoría del derecho, hemos alterado el equilibrio entre los derechos y las obligaciones, basándonos en suposiciones que a menudo son incorrectas, tales como que los inversores extranjeros probablemente sean maltratados por los Estados. Los derechos, obligaciones, privilegios todos están relacionados unos con otros y conforman un sistema jurídico. Si únicamente se elevan los derechos de los inversores extranjeros y se obtiene un patrón de interpretación tal como el de la ISDS (y también Estados que generalmente promueven los intereses de los inversores extranjeros), las comunidades locales tienen opciones limitadas más que internacionalizarse o transnacionalizarse. Necesitan ponerse al día con los inversores extranjeros. Aparte del libro, he desarrollado este punto en un reciente capítulo titulado *International Investment Law as Transnational Law*.

Pero esta estrategia es riesgosa. Aquellos que defienden la ISDS la consideran como una oportunidad para consolidar el régimen jurídico, tal como Blair vio la oportunidad para expandirla en la década de 1970. Era un fuerte defensor de la Responsabilidad Social Empresarial. Si tienes obligaciones vagas o voluntarias del inversor extranjero, aumentas la legitimidad del régimen y fortaleces los derechos de los inversores extranjeros (porque las obligaciones correspondientes son más débiles). Estas obligaciones serían menos específicas con respecto a las del derecho interno, y las comunidades locales nunca tendrían la misma representación legal que los inversores o los Estados en un contexto internacional. Las audiencias estarían lejos de la comunidad, y los decisores probablemente estarían más integrados en lo global que en lo local.

Puedo pensar en dos alternativas, y las mismas pueden remontarse a las imaginaciones contrapuestas de la década de 1970. Una es restablecer el requisito de agotamiento de los recursos internos. El trabajo de los tribunales de ISDS sería completamente diferente si hubiera una decisión final del poder judicial del Estado receptor. Entre otros, los inversores extranjeros harían cumplir sus derechos en la jurisdicción local en el marco de sus obligaciones hacia el Estado y otros actores. Esa decisión final podría ser arbitraria, pero luego podría remitirse a la ISDS. En este escenario, el principal estándar de protección sería la denegación

de justicia. Por supuesto, podrían tener una vía de recurso directo para las expropiaciones directas sin compensación, pero aparte de eso, esto debería ser todo. Esta forma de manejar la situación considera las conclusiones del *Grupo de Personas Eminentes de las Naciones Unidas y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. Los defensores de la ISDS han caracterizado esto último como un ataque directo a la empresa privada. Aun así, si uno observa la visión de aquellos que redactaron la carta, se percata de que la crítica era política, no técnica.

La otra alternativa es crear una organización internacional donde los Estados puedan discutir y coordinar soluciones a problemas generales relacionados con la inversión, tales como Covid-19, y abordar cuestiones o controversias específicas. Esta institución podría tener un mecanismo de solución de controversias (nuevamente, disponible para los inversores luego de agotar los recursos internos). Una ventaja de una organización como tal (como una OMC sobre inversión) sería que los Estados podrían presentar reclamos en nombre de sus inversores extranjeros, en un contexto más transparente. Los canales diplomáticos son oscuros, y resulta difícil saber qué está pasando. Así es que, en lugar de reclamar que *despolitizaremos* las controversias de inversión, tal como lo hicieron Broches y Shihata, lo cual es imposible porque la inversión extranjera es una cuestión muy política, podríamos mejorar el nivel de debate, tornarlo más transparente y sumar a más actores a la mesa. Puedo imaginar a Estados discutiendo sobre los derechos y obligaciones de los inversores extranjeros en un contexto como este sin generar los problemas que genera la ISDS, pero tampoco estoy diciendo que esto sería la panacea.

Autor

Nicolás M Perrone es Profesor Adjunto de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad Andrés Bello, Chile. Es el autor de *Investment Treaties and the Legal Imagination: How foreign investors play by their own rules* (Oxford University Press, 2021).



ARTÍCULO 3

Cláusulas de Estabilización e Implicancias para los Derechos Humanos y la Igualdad de Género¹

Sangwani Patrick Ng'ambi



Los proyectos de IED, particularmente en el sector extractivo, a menudo están regidos por contratos de concesión entre Estados e inversores. Estos contratos pueden contener cláusulas de estabilización, bajo las cuales los Estados acuerdan abstenerse de utilizar sus prerrogativas legislativas o administrativas en tanto afecten adversamente al inversor. La jurisprudencia en materia de controversias entre inversionistas y Estados sugiere que estas cláusulas son habitualmente respetadas y admitidas.

Una aplicación rígida de las mismas puede disuadir al Estado receptor de desarrollar o implementar nueva legislación sobre derechos humanos si su cumplimiento agrega gastos operativos para el inversor. Estas inquietudes pueden ser particularmente acuciantes cuando se trata de proyectos extractivos, que pueden tener impactos negativos, de largo alcance en las comunidades vecinas.

Este artículo ilustra las diferentes formas en que las cláusulas de estabilización contenidas en contratos de concesión para los proyectos extractivos pueden

menoscabar los esfuerzos de los Estados para promover la igualdad de género por medio de legislación nacional. También observa dos series de principios publicados durante la última década por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la OCDE, los cuales brindan un marco para los Estados que procuran evitar este tipo de situaciones incorporando las cuestiones de derechos humanos y sostenibilidad a sus contratos con inversores extranjeros.

Cláusulas de Estabilización

Las cláusulas de estabilización son disposiciones contractuales contenidas en contratos de concesión. En estas cláusulas, los Estados receptores se comprometen a no utilizar sus prerrogativas administrativas o legislativas de forma que afecten negativamente al inversor. La forma bajo la cual las cláusulas de estabilización tienen mayor alcance es la cláusula de congelamiento, cuya meta es congelar la legislación que rige la inversión mientras la concesión se encuentra en vigencia. De esta manera, ninguna disposición del contrato de concesión puede ser anulada mediante la utilización de prerrogativas estatales sin el consentimiento expreso del inversor. Otros tipos de cláusulas de estabilización incluyen cláusulas de equilibrio económico que procuran mantener el equilibrio económico entre las partes al momento de celebrar el contrato en cuestión. Los derechos surgidos de las cláusulas de estabilización a menudo son admitidos por los tribunales de arbitrajes entre inversionistas y Estados; hecho que con frecuencia da como resultado una determinación de violación y una obligación del Estado receptor de compensar al inversor².

¹ Este artículo se basa en Ng'ambi, S.P. y Chisanga, K-M.G. (2020). *International investment law and gender equality: Stabilization clauses and foreign investment*. Routledge.

² Véase, por ejemplo, los casos *Texaco vs. Libia* (1978) 17 ILM 1; *Aminoil vs. Kuwait* (1981) 21 ILM 976; *Societe des Mines de Loulo S.A. (Somilo) vs. Mali*, Caso del CIADI No. ARB/13/16.



Implicancias para la Equidad y la Igualdad de Género

Las cláusulas de estabilización aíslan al inversor de los riesgos no comerciales asociados con concesiones a largo plazo. Sin embargo, el hecho de que sean admitidas de manera tan rígida por los tribunales arbitrales puede impedir el desarrollo de nuevas regulaciones.

En efecto, conllevan potenciales implicancias de largo alcance para el desarrollo de leyes en materia de equidad e igualdad de género. Esto se debe a que el Estado puede ser declarado culpable si promulga nuevas leyes en esta área y si el cumplimiento de estas nuevas obligaciones añade costos operativos para los inversores extranjeros. Si las cláusulas de estabilización son aplicadas de manera rígida, el Estado receptor debería compensar al inversor por estos costos adicionales. La posibilidad de tener que hacer esto puede disuadir a los Estados receptores para que no desarrollen leyes de equidad e igualdad de género.

¿Qué tipo de leyes, concretamente, podrían entrar en conflicto con una cláusula de estabilización en un contrato de concesión? Un ejemplo ilustrativo es la Ley de Equidad e Igualdad de Género de Zambia³, promulgada en 2015, la cual incorpora un número de obligaciones que podrían agregar costos operativos para las empresas mineras.

El Gobierno de Zambia privatizó sus minas en la década de 1990, y el proceso de inversión en dichas minas por parte de extranjeros fue fomentado a través de acuerdos para el desarrollo firmados principalmente en 2004. Aquellos acuerdos para el desarrollo contenían cláusulas de estabilización. Si bien el ámbito de aplicación y alcance de estas cláusulas siempre dependerá de la precisión de su redacción, no obstante, puede ocurrir que cambios introducidos a la ley de Zambia, que tengan un impacto negativo en los derechos de las empresas mineras, pudieran calificar como una violación de la cláusula de estabilización, lo cual sería una fuente de responsabilidad para el Gobierno de Zambia.

La Ley de Equidad e Igualdad de Género crea diversas obligaciones para los inversores. Por ejemplo, la Sección 18(1) de la ley, requiere que las entidades privadas “desarrollen planes de equidad e igualdad, códigos de

prácticas, mecanismos regulatorios y otras medidas apropiadas para la promoción efectiva de la equidad y la igualdad de género en el territorio de sus operaciones”. Además, las entidades privadas también deben ejecutar y monitorear los mismos y presentar informes periódicos al Ministerio de Género, y a cualquier otro organismo de monitoreo pertinente. Asimismo, la Sección 19 de dicha ley impone obligaciones a organismos públicos y privados para que realicen lo siguiente:

- Modificar las condiciones y circunstancias que obstaculicen el alcance de la equidad e igualdad de género de manera sostenible y sustantiva;
- Incorporar la perspectiva de género en todas las "estrategias, políticas, programas y presupuestos" a fin de empoderar y beneficiar a ambos sexos;
- Garantizar que se tengan en cuenta las necesidades y los intereses de ambos sexos;
- Establecer medidas apropiadas y especiales formuladas para reconocer y apoyar los múltiples papeles que desempeñan de las mujeres.

La Sección 27(1) también prohíbe la discriminación contra la mujer en la vida social y económica. De esta manera, debe haber un pleno desarrollo y avance de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres. Esto se ve mayormente argumentado en la Sección 31 de la ley, la cual dispone que las mujeres deben tener acceso a las oportunidades de empleo “en igualdad de condiciones con los hombres”. Esto incluye *inter alia* “igualdad de remuneración, beneficios y trato con respecto al trabajo de igual valor así como igualdad de trato en la evaluación de la calidad del trabajo”. No cumplir con lo antedicho acarrea una multa o prisión, o ambas.

La Ley de Código del Trabajo de 2019, también crea nuevas obligaciones. La Sección 41 de la ley, por ejemplo, otorga 14 semanas de licencia por maternidad a las mujeres empleadas. Anteriormente, las mujeres únicamente estaban facultadas a una licencia por maternidad de 90 días. Además, una mujer empleada que sufre un aborto espontáneo o mortinatalidad durante el tercer trimestre de embarazo ahora está facultada para recibir una licencia de 6 semanas con salario completo inmediatamente después del aborto espontáneo o mortinatalidad.

Estas nuevas obligaciones, pese a ser progresivas y largamente retrasadas, seguramente aumentarán los costos operativos de los inversores. Por ejemplo, la obligación de adoptar medidas apropiadas y especiales,

³ La Ley de Equidad e Igualdad de Género, 2015 <https://zambialii.org/zm/legislation/act/2015/22/gender-equity-and-equality-bill-2015.pdf>. [N. de la T.: No disponible en español, la traducción nos pertenece]



formuladas para reconocer y apoyar los múltiples papeles que desempeñan de las mujeres, está descrita en términos muy amplios. Otras obligaciones allí señaladas también pueden requerir el empleo de un punto focal o especialista sobre género dentro de las organizaciones para garantizar el cumplimiento. Un incremento en la licencia por maternidad también puede aumentar los costos operativos de los inversores.

Si bien resulta difícil evaluar los impactos específicos en la formulación de políticas públicas, las cláusulas de estabilización pueden contradecir las ambiciones del Gobierno en materia de equidad e igualdad de género en la República de Zambia, creando incertidumbre jurídica y poniendo en peligro la coherencia de las políticas.

Principios Rectores para la Contratación “Duradera” y “Responsable”

Durante la última década, se han desarrollado dos series de principios para los contratos de inversión con el fin de asistir a los Gobiernos de los Estados receptores a redactar contratos que permitan la promulgación de normas regulatorias de buena fe, y para garantizar que los proyectos de inversión contribuyan al desarrollo sostenible y respeten los derechos humanos. Considerando estos objetivos, ambas series de principios adoptan una postura cautelosa hacia las cláusulas de estabilización.

Los Principios de Contratación Responsable de la Oficina del ACNUDH de 2015⁴ fueron desarrollados por el Representante Especial del Secretario General, John Ruggie, a través de un proceso de consulta con varias partes interesadas como parte de un esfuerzo más amplio para desarrollar principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. La introducción de los Principios califica los contratos de inversión como un instrumento importante a través del cual los “Estados y las empresas podrían incidir en los efectos de la actividad empresarial en los derechos humanos”⁵. El Principio 4 está enfocado en las cláusulas de estabilización. Si bien reconocen la necesidad de los inversores con respecto a la estabilidad financiera, los Principios destacan que las cláusulas de estabilización

tienen el potencial de restringir indebidamente el espacio de política que un Estado necesita para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, y que los países en desarrollo, hasta la fecha, han negociado contratos con cláusulas de estabilización mucho más estrictas.

Por lo tanto, los Principios recomiendan que si se utilizan cláusulas contractuales de estabilización, estas deben “redactarse cuidadosamente de manera que ninguna medida de protección de los inversores contra futuras modificaciones de la ley interfiera con lo que haga de buena fe el Estado para aplicar las leyes, los reglamentos y las políticas en forma no discriminatoria a fin de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos” y no deben prever sanciones económicas para el Estado que instituya modificaciones de políticas no discriminatorias⁶.

Similarmente, los Principios de la OCDE para la Contratación Duradera en el Sector Extractivo (*Guiding Principles for Durable Extractives Contracts*)⁷ reconocen que los proyectos de inversión tienen el potencial de contribuir al desarrollo sostenible si están regidos por contratos “duraderos” que estén alineados con la estrategia de desarrollo a largo plazo del Estado receptor, y de “optimizar el valor del desarrollo de recursos para todas las partes interesadas, incluyendo resultados económicos, sociales y ambientales”⁸.

Con respecto a las cláusulas de estabilización, estos Principios subrayan que pueden no ser necesarias para atraer las inversiones de “inversores con capacidad técnica y financiera”⁹. Sin embargo, si un Estado lo considera necesario, la OCDE recomienda que las cláusulas de estabilización estén formuladas de manera tal que minimicen su impacto en las políticas fiscales en general, limitando su aplicación a términos fiscales y a un período de tiempo específico¹⁰.

Más ampliamente, la OCDE recomienda que los contratos sean “consistentes con las leyes aplicables, los tratados internacionales y regionales aplicables y prevean que los Gobiernos receptores puedan de

⁴ ACNUDH. (2015). *Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores* (A/HRC/17/31/Add.3). https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsableContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf

⁵ *Ibid.*, 3.

⁶ *Ibid.*, 15.

⁷ OCDE (2019). *Guiding Principles for Durable Extractive Contracts*, https://www.oecd.org/dev/Guiding_Principles_for_durable_extractive_contracts.pdf. [N. de la T.: No disponible en español, la traducción nos pertenece].

⁸ *Ibid.*, 1.

⁹ *Ibid.*, 14.

¹⁰ *Ibid.*



buena fe realizar modificaciones no arbitrarias y no discriminatorias a la legislación y a los reglamentos aplicables, cubriendo áreas regulatorias no fiscales para perseguir objetivos legítimos de interés público”.¹¹

Si los Estados son capaces de incorporar estos principios a su enfoque con respecto a los contratos con los inversores de las industrias extractivas, no deben temer al arbitraje en el marco de un tratado tras la promulgación de regulaciones no discriminatorias destinadas a proteger los derechos humanos o garantizar el desarrollo sostenible, incluyendo las leyes en materia de igualdad de género.

Conclusión

En las naciones ricas en minerales que dependen de la inversión extranjera en las industrias extractivas, los proyectos de IED a menudo están regidos por contratos de concesión que pueden llegar a durar 30 años o más. Los inversores con frecuencia insisten en la incorporación de cláusulas de estabilización que pueden entrar en conflicto con las acciones de los Gobiernos para promover la protección de los derechos humanos y el desarrollo sostenible si las mismas afectan de manera adversa al inversor.

Estas cláusulas están destinadas a incentivar la confianza de los inversores, ya que protegen a las inversiones de futuros cambios regulatorios que pueden afectar las ganancias, lo cual puede llevar no sólo a una compensación por costes hundidos sino también a la pérdida de ganancias futuras. Esto podría tener un efecto paralizador para los Estados que desean desarrollar e implementar nuevas leyes de derechos humanos o de igualdad de género, si el cumplimiento agrega gastos operativos para el inversor.

Considerando estas inquietudes, durante los últimos años las organizaciones internacionales han desarrollado principios destinados a guiar a los Estados en el desarrollo de contratos de inversión que preserven el espacio de política a nivel nacional para perseguir objetivos tales como la igualdad de género. No obstante, la responsabilidad no recae únicamente sobre los Estados para proponer estos términos, sino que los inversores los acepten. Por consiguiente, es necesario que los Estados tengan suficiente poder de negociación al momento de proponer dichos términos.

Autor

Sangwani Patrick Ng’ambi es Profesor de Derecho en la Universidad de Zambia, Facultad de Derecho.

¹¹ *Ibid.*, 11.



ARTÍCULO 4

Reforma del Tratado sobre la Carta de la Energía: por qué la denuncia es una opción

Nathalie Bernasconi-Osterwalder



Introducción¹

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) está enfrentando grandes críticas por sus disposiciones de inversión, que ya están desactualizadas, y la amenaza que éstas implican para la transición energética. Las demandas de ISDS entabladas en virtud del TCE por los inversores en combustibles fósiles demuestran que estas amenazas son inminentes y reales. Además, probablemente se incrementen a medida que los Gobiernos tomen acciones más ambiciosas con respecto al cambio climático. Recientemente, en 2021, las empresas alemanas RWE y Uniper² iniciaron procedimientos de arbitraje contra los Países Bajos, impugnando la decisión del Gobierno holandés de eliminar los combustibles fósiles para 2030. Tomados en conjunto, estos dos inversores están reclamando

daños por más de EUR 3,5 mil millones³.

Mientras tanto, la compatibilidad del TCE con el derecho de la UE es incierta tras varias sentencias recientes del TJUE⁴ y Bélgica ha solicitado al Tribunal que aclare si el proyecto modernizado del TCE es compatible con los tratados europeos. La petición aún se encuentra pendiente⁵.

Paralelamente, la UE y sus Estados miembros han participado, desde 2019, en el proceso multilateral más amplio para “modernizar” el TCE. Reconociendo la urgencia de la necesidad de reforma, la UE inicialmente intentó alinear el tratado con su enfoque al derecho internacional de las inversiones y con los objetivos climáticos de la UE. Sin embargo, es cada vez más evidente que estos objetivos serán difíciles de alcanzar, ya que toda enmienda al texto del tratado requeriría la unanimidad de los 56 Estados contratantes. Hasta la fecha, muchos Estados contratantes no pertenecientes a la UE siguen reticentes a realizar cambios significativos, y no se ha logrado ningún compromiso a este respecto.⁶

Dado el actual estado de juego, examinamos qué implicaría el retiro de la UE y sus Estados miembros del TCE, y su impacto en la transición energética, en términos más generales.

¹ El presente análisis se basa, en muchos aspectos, en un estudio de Nicolás Angelet encargado por ClientEarth.

² Uniper es una filial de la empresa estatal finlandesa Fortum. Si bien los funcionarios públicos finlandeses han expresado que están siguiendo de cerca este asunto y que son conscientes de las implicancias políticas, con frecuencia han apuntado al deber fiduciario de Fortum, bajo el derecho societario finlandés, de minimizar la pérdida de activos depreciados: véase Darby, M. (2020, 22 de mayo). *Not appropriate: Uniper seeks compensation for Dutch coal phase-out*. Euractiv. <https://www.euractiv.com/section/energy/news/not-appropriate-uniper-seeks-compensation-for-dutch-coal-phase-out/>

³ Véase Bohmer, L. (2021, 3 de febrero). *The Netherlands is facing its first ICSID arbitration, as German energy giant RWE makes good on earlier threats*. IAREporter. <https://www.iareporter.com/articles/the-netherlands-is-facing-its-first-icsid-arbitration-as-german-energy-giant-rwe-makes-good-on-earlier-threats/>; Bohmer, L. (2021, 27 de abril). *Uniper lodges treaty-based claim against The Netherlands*. IAREporter. <https://www.iareporter.com/articles/uniper-lodges-treaty-based-claim-against-the-netherlands/>

⁴ Véase Unión Europea. (2020, 29 de mayo). *Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea*. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN).

⁵ En otro procedimiento en curso relacionado con el TCE ante el TJUE, el Abogado General, Szpunar, dio asimismo una respuesta posible a la petición de Bélgica al expresar la opinión de que la ISDS bajo el ECT no es aplicable dentro de la Unión Europea: Véase Opinión de AG Szpunar en el Caso C-741/19, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238441&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3329784>

⁶ Véase el Artículo 36 del TCE.



La propuesta de la UE y los intentos para enmendar el TCE

Las propuestas de la UE —aunque son más ambiciosas que las de otros miembros del TCE⁷— han sido muy criticadas por obstaculizar la agenda sobre el clima, ya que continúan permitiendo que las empresas del sector de los combustibles fósiles puedan impugnar las acciones climáticas a través de la ISDS⁸. De hecho, únicamente la propuesta más reciente ha marcado una diferencia entre los diferentes tipos de actividades económicas, exceptuando a algunos proyectos de combustibles fósiles del alcance de las disposiciones del TCE sobre inversión⁹.

Específicamente, la UE sugirió marcar una distinción entre las inversiones existentes y futuras en el sector de combustibles fósiles. Según la UE, las disposiciones de protección de las inversiones del TCE, incluyendo el acceso a la ISDS, deberían continuar aplicando a las inversiones existentes en combustibles fósiles por un período de 10 años luego de la entrada en vigor de la enmienda¹⁰. Esto permitiría a los inversores en combustibles fósiles entablar demandas de ISDS durante la totalidad de este período. La UE sugiere que las inversiones futuras en combustibles fósiles se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones de protección de las inversiones del TCE a partir de la entrada en vigor de la enmienda con una excepción principal: las inversiones relacionadas con el sector del gas, realizadas antes del 2030, estarán cubiertas si permanecen por debajo de un umbral específico de carbono¹¹. Esta fecha límite se extiende al 2040 para las inversiones que involucran la conversión de centrales eléctricas para la quema de gas natural. Las organizaciones de la sociedad civil han

criticado esta falta de ambición¹², señalando que el umbral de carbono propuesto para las inversiones de gas es significativamente más elevado que el definido internamente por la UE como uso “sostenible” del gas natural¹³.

Aparte de la insuficiente ambición de la propuesta, la falta de progreso durante las primeras cuatro rondas de negociación sobre la modernización del TCE muestra que el éxito dista mucho de estar asegurado; el ministro de energía de Luxemburgo, Claude Turmes, señaló que los Estados progresistas siguen enfrentando la resistencia de Japón, Noruega, Suiza y el Reino Unido¹⁴. Algunos Gobiernos y miembros del parlamento han instado a la UE que explore alternativas para una enmienda unánime¹⁵ y la Comisión de la UE en sí misma ya no excluye el retiro coordinado de todos los Estados miembros¹⁶. Por lo tanto, resulta oportuno examinar las normas jurídicas aplicables al retiro del TCE, las consecuencias prácticas de la denuncia por un grupo de partes contratantes, y su eficacia desde una perspectiva climática.

La opción de denuncia y la cláusula de supervivencia

a. Denuncia

El retiro, a veces también denominado denuncia, puede ser entendido como “un procedimiento iniciado unilateralmente por un Estado para dar por terminados sus compromisos jurídicos en virtud de un tratado”¹⁷. En otras palabras, la denuncia pone fin a la participación de

⁷ Véase Secretaría de la Carta de la Energía. (2019, 6 de octubre). *Decision of the Energy Charter Secretariat*, págs. 2–57, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>.

⁸ Véase, por ejemplo, Climate Action Network Europe. (2021, febrero). *Analysis of the EU proposal to change the definition of Economic Activity in the Energy Sector as part of the modernisation of the Energy Charter Treaty*. https://caneurope.org/content/uploads/2021/02/Analysis-of-the-COM-proposal-for-ECT-modernisation-on-the-Definition-of-Economic-Activity-in-the-Energy-Sector_February-2021.pdf.

⁹ Véase Comisión de la UE (2021, 25 de enero), “Propuesta de texto de la UE para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía”, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf.

¹⁰ Véase *ibid.*, página 2.

¹¹ Véase *ibid.*; el umbral de emisión de carbono propuesto es de 380g de CO₂ “fósil” por kWh.

¹² Véase nota 7 *supra*.

¹³ Véase *ibid.*

¹⁴ Véase la intervención del Ministro Claude Turmes en el evento “Should EU Member States fix the Energy Charter Treaty or withdraw from it?”, organizado conjuntamente por ClientEarth, EEB, FoE Europe y CAN Europe el 30 de marzo de 2021, en el minuto 40:13. <https://www.youtube.com/watch?v=I9sPFBfXA0Y>

¹⁵ El Gobierno de Francia ha expresado su voluntad de retirarse si no se realizan cambios rotundos y reformas significativas: véase, Simon, F. (2021, 3 de febrero). *France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table*. Euractiv. <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/>; El MEP y Presidente del Comité INTA del Parlamento Europeo, Bernd Lange, recientemente instó una denuncia coordinada de la UE al TCE: Véase Lange, B. (2021, 28 de abril). *Die EU muss raus aus der Energiecharta*. *Frankfurter Rundschau*. <https://bernd-lange.de/meldungen/gastbeitrag-fr-die-eu-muss-raus-aus-der-energiecharta>. 139 legisladores europeos y nacionales instaron a la Comisión de la UE que denuncie el TCE en una carta con fecha del 8 de septiembre de 2020. <https://www.ernesturasun.eu/ecologia/statement-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>.

¹⁶ Véase la respuesta del Vicepresidente Ejecutivo, Dombrovskis, en nombre de la CE: Parlamento Europeo. (2020, 2 de diciembre). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_ES.html.

¹⁷ Véase Naciones Unidas. (2003). *Manual de cláusulas finales de tratados multilaterales*, pág. 109. <https://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/Spanish.pdf>.



las partes que lo denuncian, pero sin terminar el tratado en sí mismo, y las disposiciones del mismo continúan en vigor entre las partes que no lo han denunciado.

El Artículo 54 de la CVDT estipula que un Estado puede retirarse de un tratado conforme a las disposiciones de retiro del mismo tratado. En el TCE, estas reglas están contenidas en el Artículo 47, el cual dispone que una parte contratante podrá retirarse del TCE remitiendo al depositario una notificación escrita. Las denuncias del tratado surtirán efecto transcurrido un año desde la recepción de la notificación por el depositario. Conforme a esta regla, la denuncia podría ocurrir unilateralmente o de manera coordinada, tal como sería el caso de una denuncia de todos los Estados miembros de la UE.

b. La cláusula de supervivencia

La denuncia del TCE plantea un nivel adicional de complejidad, ya que activaría la cláusula de supervivencia contenida en el Artículo 47(3). El mismo establece que:

Las disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado.

Según esta cláusula, si uno o más Estados contratantes se retiran, las disposiciones de protección de las inversiones del tratado continuarán siendo aplicables a todas las inversiones protegidas anteriormente por un período de 20 años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia. Comparado con la práctica estatal en diferentes acuerdos internacionales de inversión, este plazo de 20 años es relativamente extenso. El 85% de los AII que contienen cláusulas de supervivencia hacen referencia a un período menor a 20 años; la mayoría establece 10 años o menos¹⁸. Resulta importante destacar que la cláusula de supervivencia del TCE otorga protección únicamente a las inversiones realizadas antes de la denuncia, permitiendo a los

inversores continuar utilizando la ISDS bajo el TCE para impugnar políticas climáticas y procurar compensación. En la práctica, los inversores han utilizado la cláusula de supervivencia del TCE a estos efectos: desde su retiro unilateral del tratado en 2016, Italia ha enfrentado al menos siete demandas de arbitraje basadas en la cláusula de supervivencia, con sumas acumulativas de compensación que exceden los USD 400 millones¹⁹.

La cláusula de supervivencia por 20 años podría poner en riesgo la acción urgente necesaria para lograr los compromisos de París. Al mismo tiempo, si las partes del TCE pasan años debatiendo un texto modernizado, esto podría llevar a un resultado similar. Si un texto como tal incluyera la propuesta más reciente de la UE y, dada la actual falta de progreso en las negociaciones, las inversiones existentes en combustibles fósiles estarían protegidas por un período de más de 10 años. Ninguna de estas opciones es suficiente para alcanzar los objetivos climáticos con los cuales las partes del TCE se han comprometido.

Para evitar estos resultados, los Estados contratantes primero deberían acordar “neutralizar”, es decir, extinguir los efectos jurídicos de la cláusula de supervivencia del TCE²⁰. Si bien una decisión unánime para neutralizarla podría resultar imposible de lograr, esto podría hacerse entre un grupo de partes contratantes del TCE. En la siguiente sección, analizamos las bases jurídicas y las consecuencias prácticas de una neutralización como tal.

c. Neutralización de la cláusula de supervivencia

La neutralización de las cláusulas de supervivencia en los acuerdos internacionales de inversión tiene precedentes. Sin embargo, hasta el momento, los Estados únicamente han neutralizado este tipo de cláusulas en tratados bilaterales, no multilaterales. Esto fue realizado a través de un acuerdo de dos partes para enmendar el tratado, seguido por su terminación. Al proceder de esta manera, los Estados han alterado o extinguido las cláusulas de supervivencia en al menos ocho instancias. En algunos casos, decidieron acortar el

¹⁸ Información extraída de la Base de Datos sobre Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

¹⁹ Véase *ibid.*

²⁰ Si existe la voluntad de todas las partes del TCE, una neutralización como tal podría lograrse a través de una enmienda unánime. Dado el lento progreso y falta de compromiso en las conversaciones sobre modernización, una solución unánime como tal, sin embargo, podría ser difícil de alcanzar.



período de protección adicional²¹. En otros, extinguieron por completo la cláusula de supervivencia²². Hasta la fecha, ninguna demanda se ha basado en una cláusula de supervivencia neutralizada y ningún tribunal arbitral se ha visto confrontado con la cuestión de jurisdicción en tales circunstancias²³. Este hecho no es concluyente para determinar si los tribunales arbitrales admitirán o rechazarán su jurisdicción debido a la neutralización. Sin embargo, la práctica estatal evolutiva es un indicador de que la neutralización es efectiva, ya que manifiesta la voluntad de las partes contratantes y reduce la posibilidad de éxito para los inversores que procuran entablar demandas de este tipo, aumentando, por lo tanto, el riesgo asociado de iniciar costosos procedimientos de arbitraje.

La neutralización de una cláusula de supervivencia en un tratado bilateral por medio de una enmienda es muy diferente a la neutralización de esta cláusula en un tratado *multilateral* entre sólo un grupo de Estados contratantes. En el caso de una denuncia del TCE, este último escenario es más pertinente. Desde una perspectiva del derecho internacional público, una neutralización parcial encuentra respaldo en las normas del derecho internacional para la *modificación* de las disposiciones del tratado. Según estas normas, para extinguir el efecto de la cláusula de supervivencia, los Estados pueden negociar una modificación o un acuerdo denominado *inter se*. Contrariamente a una enmienda, para lo cual el TCE requiere unanimidad, una modificación se refiere a “la variación de ciertas disposiciones de un tratado sólo entre algunas de las partes en ese tratado. Respecto a las demás partes, se aplican las disposiciones originales”²⁴.

d. Neutralización a través de la Modificación

El TCE no menciona expresamente la modificación, que por defecto, se encuentra regida por la norma contenida en el Artículo 41 de la CVDT. Esta norma dispone que “[d] os o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas”. Dicha modificación está sujeta a dos condiciones destinadas a salvaguardar la integridad básica del régimen del tratado original.

Primera Condición—salvaguardar los derechos de terceros

Conforme al Artículo 41 (b)(i) de la CVDT, la modificación “no debe afectar el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni el cumplimiento de sus obligaciones”. Hay consenso académico de que la primera condición depende del carácter jurídico de los derechos y obligaciones creadas por un tratado, y específicamente, si estos derechos y obligaciones son de carácter *recíproco, interdependiente o integral*²⁵. Un tratado multilateral es de carácter recíproco si “prevé un intercambio mutuo de prestaciones entre las partes, en virtud del cual cada una de las partes tiene derechos y obligaciones que suponen recibir un trato específico de cada una de las demás partes y darlo a su vez a cada una de ellas”²⁶. Esto debe diferenciarse de compromisos interdependientes o integrales de un tratado que crea obligaciones *erga omnes*.

Tal como se evidencia en los *Travaux Préparatoires* que llevaron a su celebración, el TCE fue adoptado como un “acuerdo global” que consiste en un paquete de relaciones bilaterales recíprocas²⁷. En lugar de crear obligaciones que son vinculantes erga omnes partes, las obligaciones bajo el tratado operan de forma bilateral. En la práctica, si las acciones de un Estado receptor A violan los derechos bajo el TCE de un inversor de un Estado receptor B que ha invertido dentro del territorio

²¹ Véase, por ejemplo, la incorporación del TLC entre Argentina y Chile al Acuerdo entre Chile y el Mercosur en 2017; la terminación del TBI entre Australia y México; la terminación del TBI entre Australia y Vietnam; la terminación del TBI entre Australia y Perú.

²² Véase, por ejemplo, la terminación del TBI entre Argentina e Indonesia en 2016; la terminación del TBI entre Australia e Indonesia en 2020; la terminación del TBI entre Australia y Hong Kong en 2020; el TBI de 2019 entre Uruguay y Australia por medio del cual se terminó el acuerdo anterior y se invalidó su cláusula de supervivencia.

²³ Véase Tropper, J. (2020). *The treaty to end all investment treaties*. Völkerrechtsblog. <https://voelkerrechtsblog.org/de/the-treaty-to-end-all-investment-treaties/>.

²⁴ Véase Naciones Unidas. (n.d.). Glossary of terms relating to treaty actions. https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_en.xml#amendment.

²⁵ Véase Odendahl, K. (2012). Artículo 41. En O. Dörr y K. Schmalenbach (Eds.), *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Berlin Springer. §18; véase Fitzmaurice, G. G. (1958). *Tercer Informe, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, II*, págs. 43–44, párrafos 88–89; véase Wood, M.M. y otros (2009). *La Comisión de Derecho Internacional 1999–2009*, vol. 5, página 742.

²⁶ Fitzmaurice, G.G. (1958). *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados*. UN doc. A/CN.4/115, YILC, Vol. II, 20, 27, Art. 18, párrafo 2.

²⁷ De hecho, este parece haber sido un factor decisivo para permitir que los signatarios alcanzaran suficiente consenso, véase Doré, J. (1996). *Negotiating the Energy Charter Treaty*. En T. Wälde (Ed.), *The Energy Charter Treaty: An east-west gateway for investment and trade*. Kluwer, pág. 151.



del Estado receptor A, únicamente este inversor o el Estado receptor B tiene capacidad para presentar una demanda²⁸. De esto se infiere que los derechos y obligaciones en el TCE son recíprocos por naturaleza. Una modificación *inter se* para extinguir la cláusula de supervivencia, por lo tanto, no afectaría los derechos de otras partes, contrariamente a lo establecido en la primera condición del Artículo 41(b)(i) de la CVDT. Una neutralización *inter se*, por consiguiente, cumple con la primera condición.

Segunda Condición—Salvaguardar el objeto y el fin del tratado

Además, la modificación “no debe referirse a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto” (Artículo 41 (b)(ii) de la CVDT). Esta condición es vista ampliamente como sustancialmente similar, si no una reiteración, de la primera condición²⁹. Al garantizar que acuerdos posteriores no afecten los derechos de terceras partes, sendas condiciones siguen el mismo razonamiento. Los *Travaux Préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional para la CVDT sugieren que cuando un acuerdo *inter se* únicamente altera sólo relaciones bilaterales debería ser permisible. En este caso, no sería “incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”. Normas comparables del derecho internacional público indican que únicamente una modificación de obligaciones interdependientes, en lugar de bilaterales, no cumpliría con la segunda condición. Este podría ser el caso cuando un acuerdo *inter se* subsecuente “modifique radicalmente la situación de cada parte”³⁰.

Tal como se ha establecido anteriormente, el TCE consiste en un paquete de relaciones bilaterales. La alteración de algunas de estas relaciones entre un grupo de partes contratantes no tendría un impacto adverso sobre los derechos de terceras partes intra-TCE, es decir, aquellos de los Estados que no realizaron la modificación y sus inversores. Por ejemplo, si todos los Estados miembros de la UE decidieran retirarse del TCE y neutralizar la cláusula de supervivencia entre ellos, nada le impediría a un inversor de una parte que no pertenece a la UE entablar una demanda contra los Estados denunciadores. Una neutralización *inter se*, por lo tanto, también cumpliría con el segundo requisito estipulado en el Artículo 41(b)(ii) de la CVDT.

Conclusión

Existe una base jurídica para denunciar el TCE con una neutralización *inter se* de la cláusula de supervivencia. Contrariamente a la continua protección de las inversiones existentes y algunas inversiones futuras en combustibles fósiles bajo la propuesta de enmienda de la UE, una denuncia como tal pondría fin inmediatamente a la protección de los combustibles fósiles en el marco de un tratado y a la ISDS entre todos los Estados denunciadores. A corto plazo, esto reduciría significativamente los riesgos de la ISDS, dado que el 60% de los casos basados en el TCE son intra-UE. También permitiría que la UE y sus Estados miembros cumplan con los objetivos de la UE en materia climática y con el derecho de la UE. Si más Estados contratantes decidieran sumarse, el riesgo de la ISDS para una acción firme en materia climática se vería mayormente reducido, y podría allanar el camino para una negociación renovada sin trabas para lograr un tratado sobre energía realmente modernizado que respalde la pronta eliminación de los combustibles fósiles y la transición hacia energías renovables³¹.

Autores

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es directora ejecutiva de IISD Europa y Directora *Senior* del Programa de Derecho y Políticas Económicas, IISD. **Lukas Schaugg** es Becario en Derecho Económico Internacional del IISD y Doctor en Investigación en derecho de las inversiones de Osgoode Hall Law School, Toronto, Canadá. **Amandine Van den Berghe** es abogada en Comercio y Medio Ambiente en ClientEarth.

²⁸ Esto también se encuentra respaldado en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, donde la Corte dictaminó que las obligaciones relacionadas con la protección diplomática de las inversiones extranjeras no eran vinculantes erga omnes partes: Véase CIJ. (1970). *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Sentencia, Informes I.C.J., §33 ff.

²⁹ Véase Pauwelyn, J. (2003). *Conflicts of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of international law*, en 436; Vidigal, G. (2013, noviembre). From bilateral to multilateral law-making: Legislation, practice, evolution and the future of *Inter Se* agreements in the WTO. *European Journal of International Law*, 24(4), párrafos 1027–1053, here: 1042; Sadat-Akhavii, S.-A. (2003). *Methods of resolving conflicts between treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series), Vol. 3. Brill Academic Publishers.

³⁰ Artículo 60 (2)(c) de la CVDT; véase también Artículo 42(b)(ii) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI (2001).

³¹ Véase The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation*, elaborado como parte de una presentación al Stockholm Treaty Lab Prize. <https://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>.



NOTICIAS EN BREVE

Progresan los Debates Estructurados sobre la Facilitación de las Inversiones

Los miembros de la OMC que participan en los “debates estructurados” sobre la facilitación de las inversiones se reunieron en varias ocasiones durante el primer trimestre del 2021. Estas reuniones culminaron con la circulación del “Texto de Pascua”, un hito importante en las conversaciones, que reúne varios proyectos y textos en un solo documento. Este texto [servirá como la base principal para la redacción](#) de un acuerdo definitivo sobre la facilitación de las inversiones.

En la [reunión de enero](#), los delegados entablaron un debate sobre la facilitación de la entrada y estancia temporal de personas de negocios en el Estado receptor de la inversión; propuestas sobre las disposiciones relativas al cumplimiento de las leyes nacionales y las obligaciones internacionales; normas en materia de salud, trabajo, medio ambiente y seguridad; y la responsabilidad social y ambiental.

Las [reuniones a principios de marzo](#) sentaron nuevas bases para el eventual “Texto de Pascua”. En estas reuniones, los participantes discutieron la posibilidad de introducir disposiciones de protección para aislar el futuro acuerdo de los AII. Un [resumen](#) de los debates de las reuniones señala que la mayoría de los delegados coincidieron en que es deseable evitar situaciones donde un futuro acuerdo de facilitación de las inversiones sea invocado en el contexto de un arbitraje de inversión. A estos efectos, algunos miembros propusieron la inclusión de una cláusula de no importación. Los delegados también discutieron la necesidad de aclarar el concepto de trato bajo la cláusula de NMF. Finalmente, todos los miembros participantes coincidieron en que toda controversia planteada en el marco del acuerdo sea resuelta bajo los auspicios del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC.

Otros asuntos de debate incluyeron un “mecanismo de alerta de obstáculos al comercio”, temas relacionados con la conducta responsable de las empresas, corrupción, propuestas sobre excepciones generales, excepciones relativas a la seguridad y excepciones financieras.

Por último, las delegaciones [se reunieron en abril](#) para comenzar a trabajar en el texto de Pascua, y para acordar

un calendario de reuniones en mayo, junio y julio, hasta la Duodécima Conferencia Ministerial (CM12) de la OMC a realizarse en noviembre-diciembre de 2021.

El WGIII de la CNUDMI se reúne nuevamente para debatir el Plan de Trabajo y de Recursos; observadores de la sociedad civil plantean inquietudes

El WGIII de la CNUDMI se reunió el 4 y 5 mayo de 2021, con los delegados pudiendo participar virtualmente o en persona, para reanudar su 40° período de sesiones. En la agenda se consideró el proyecto del plan de trabajo y de recursos.

El [plan de trabajo](#), circulado en abril, establece un calendario de reuniones y áreas de reforma a ser debatidas. Estas ahora incluyen mecanismos alternativos de solución de controversias y prevención de conflictos; selección y designación de los árbitros; código de conducta, reformas de las normas de procedimiento aplicables a la ISDS; un centro multilateral de asesoramiento; un mecanismo de apelación; el tribunal multilateral permanente de inversiones y un instrumento multilateral para aplicar las reformas.

Un borrador sobre el establecimiento de un centro de asesorías, financiación por terceros, y el código de conducta de árbitros ha sido [puestos a disposición](#).

El [comentario](#) sobre el plan de trabajo destaca que podrán realizarse ajustes y cambios a medida que avancen los debates. El comentario además subraya que algunas de las áreas temáticas identificadas en este plan fueron redactadas de manera amplia intencionalmente, para capturar “una serie de cuestiones transversales” que fueron planteadas en los debates hasta la fecha.



En total, el plan de trabajo propone 56 días de reuniones para los próximos cuatro años, con la finalización de estos períodos de sesiones en 2025. Sin embargo, se propuso que determinadas opciones de reforma estén sujetas a la “aprobación en principio [sic]” antes de esa fecha.

Las organizaciones de la sociedad civil que participan en el proceso de reforma de la ISDS han planteado inquietudes tanto del plan de trabajo como de recursos. de.

Una reciente [publicación en el blog](#) del IISD destaca la existente, y de gran potencial, tensión entre las delegaciones más afines a la reforma y aquellas que prefieren mantener el statu quo. De hecho, al parecer quizás haya menos consenso que el esperado sobre la necesidad de reforma, ya que “algunas delegaciones, abogados privados y grupos industriales indicaron que el actual sistema de arbitraje entre inversionista y Estado está funcionando de manera suficiente como para cumplir con su propósito, y se oponen a una reforma significativa, pese a que el WGIII previamente había acordado que una reforma era deseable”. [La traducción al español nos pertenece]

Similarmente, en una reciente [publicación en su blog](#), el CCSI planteó una alarma de que las opciones de reforma, que reducirían significativamente el papel de la ISDS en el régimen de protección de las inversiones, se estén dejando de lado en favor de ajustes más técnicos.

El próximo período de sesiones del WGIII de la CNUDMI está programado a realizarse del 15 al 19 de noviembre de 2021.

Panorama incierto para el Acuerdo Global de Inversiones entre la UE y China, mientras el Parlamento de la UE Vota para Suspender los Esfuerzos de Ratificación

El 20 de mayo de 2021, el Parlamento Europeo votó por la suspensión de sus esfuerzos para ratificar lo que “en principio” sería un Acuerdo Global de Inversiones (CAI, por sus siglas en inglés) con China.

El acuerdo debe ser aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, el cual consiste en los 27 jefes de Estado, antes de convertirse en ley.

En un anuncio de diciembre de 2020, luego de siete años de negociaciones, la CE pausó la ratificación del acuerdo tras las sanciones impuestas por Pekín a cinco funcionarios europeos. Estas sanciones fueron una respuesta a las sanciones impuestas a funcionarios chinos por varios países occidentales a raíz del trato dispensado por el Gobierno chino a los Uighurs en Xinjiang.

Según [EuroNews](#), anteriormente este mes, la CE emitió la siguiente declaración: “En este contexto, las sanciones en represalia que apuntan a Miembros del Parlamento Europeo y a todo un comité parlamentario son inaceptables y lamentables. Los planes de ratificación [del acuerdo de inversión] dependerán de cómo evolucione esta situación”.

La Canciller alemana, Angela Merkel, [declaró que el CAI es una “iniciativa importante”](#) pese a “todas las dificultades que seguramente surgirán en el proceso de ratificación”. Durante su participación en una conferencia digital del grupo parlamentario partido Unión Demócrata Cristiana, Merkel también destacó que “no podremos lidiar con el cambio climático ni resolver las cuestiones de la OMC ni otras cuestiones globales sin o estando en contra de China”.



Actualización sobre Controversias de Energía Europeas

Tal como [informamos](#), la empresa de energía estatal de Alemania, Uniper, notificó a los Países Bajos sobre una controversia de inversión el año pasado, luego del anuncio de los planes de este último para eliminar las centrales eléctricas operadas a carbón para el 2030. Junto con RWE, otra empresa alemana, Uniper cumplió con esta amenaza anteriormente este año; ambas empresas [entablaron demandas ante el CIADI](#) bajo el TCE esta primavera.

Consecuentemente, los Países Bajos [según se ha informado](#) solicitó a los tribunales alemanes que revisasen las bases jurídicas de estas demandas, argumentando que el mecanismo de solución de controversias del TCE se encuentra en contravención con el derecho de la UE, luego de la decisión del TJUE en el caso *Achmea*.

Nota de la Editora: Un debate más extenso sobre el cuestionamiento de Bélgica en cuanto a la legalidad del TCE bajo el derecho de la UE puede encontrarse [aquí](#). Asimismo, en la presente edición, alegamos que el retiro del TCE es una opción que vale la pena considerar.

Alemania llega a un acuerdo con Vattenfall en una controversia de larga data sobre la eliminación de energía nuclear

Poniendo fin a una controversia que se prolongó durante toda una década, el Gobierno de Alemania acordó compensar a cuatro empresas de energía eléctrica por su decisión —tras el desastre ocurrido en 2011 en la planta nuclear Fukushima de Japón— de eliminar la energía nuclear para el 2022. Anunciado el 5 de marzo de 2021, el acuerdo establece el pago de un total de EUR 2,8 mil millones a la empresa sueca Vattenfall así como también a varias empresas nacionales, y por medio del cual quedan resueltas todas las disputas legales con las mismas.

En respuesta a la eliminación, en 2021 Vattenfall inició un arbitraje internacional bajo el TCE ante el CIADI, reclamando EUR 4,7 mil millones por las pérdidas ocasionadas por la eliminación de la energía nuclear.

En 2016, el Tribunal Constitucional de Alemania dictaminó que la eliminación era legal pero también determinó que las empresas afectadas, no obstante, debían ser compensadas. Vattenfall ganó un caso en un tribunal federal en noviembre de 2020, argumentando que el Gobierno alemán no implementó la decisión de 2016. El procedimiento del CIADI que involucra la

demanda de Vattenfall contra Alemania fue suspendido el 11 de marzo de 2021.

Vattenfall, la cual operaba dos plantas de energía nuclear en Brunsbüttel y Krümmel, en Alemania del norte, será compensada por EUR 1,43 mil millones, sujeto a impuestos.

Canadá Publica Modelo 2021 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

El 13 de mayo de 2021, Canadá [anunció](#) que ha finalizado su Modelo del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), el cual sustituirá a la versión de 2014. Según Global Affairs Canada, el acuerdo es el resultado de “un proceso extenso de consultas públicas iniciado en 2018 con una amplia variedad de partes interesadas, incluyendo a la sociedad civil y sindicatos de trabajo, expertos legales, representantes de empresas canadienses de todos los tamaños, representantes de provincias y territorios y socios indígenas”.

Se han realizado diversos cambios en el texto, incluyendo una mayor precisión de definiciones clave y disposiciones sustantivas, y algunas modificaciones al procedimiento de arbitraje. Muchos de estos cambios se encuentran inspirados en las tendencias de los últimos tratados bilaterales y regionales de inversión, y ya se ven reflejados en el AECG recientemente celebrado.

Por ejemplo, la [definición de inversión](#) del nuevo acuerdo agrega que una inversión debe “involucrar el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancias o beneficios o la asunción de riesgos”. El nuevo acuerdo también requiere que la “empresa de una Parte” posea “actividades comerciales sustanciales en el territorio de dicha Parte”. Sin embargo, el nuevo acuerdo conserva la definición de inversión basada en activos, con una lista exhaustiva de excepciones.



Las disposiciones sobre Trato Nacional (TN) y NMF fueron mantenidas en el nuevo APPRI, y todavía cubren las fases de establecimiento, expansión y adquisición de la inversión (normalmente denominados derechos pre-establecimiento). Sin embargo, el nuevo modelo aclara que en cada disposición, la expresión “circunstancias similares” se refiere a “la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el trato pertinente hace una distinción entre los inversores y las inversiones sobre la base de objetivos legítimos de políticas públicas”. La definición de NMF también excluye de su ámbito de aplicación tanto las disposiciones de solución de controversias como las obligaciones sustantivas encontradas en otros acuerdos.

Otras adiciones incluyen una modificación de la disposición de Nivel Mínimo de Trato (NMT), que ya no incluye una referencia al TJE, y proporciona una lista exhaustiva de medidas que constituyen una violación y aclara que la expropiación indirecta no incluye medidas no discriminatorias adoptadas **“de buena fe para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como salud, seguridad y medio ambiente”**. Los criterios para evaluar la compensación en el caso de expropiación directa o indirecta, no obstante, siguen sin alteración alguna y están basados en el valor justo de mercado de la inversión.

El APPRI de 2021 ha añadido varios artículos nuevos, incluyendo un artículo sobre el **derecho a regular** para alcanzar “objetivos legítimos de políticas, tales como en materia de protección del medio ambiente y cambio climático; protección social o del consumidor; o la promoción y protección de la salud, seguridad, derechos de los pueblos Indígenas, igualdad de género y diversidad cultural”.

El APPRI de 2021 también ha agregado un artículo sobre **conducta empresarial responsable**, el cual hace referencia, en términos exhortatorios, a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. La obligación de los inversores de respetar las leyes del Estado receptor se encuentra reafirmada. Notablemente, con respecto a las medidas impositivas, establece que todas las medidas adoptadas “por una Parte para garantizar el cumplimiento con el sistema fiscal de la Parte o para evitar la evasión de impuestos” que sean no discriminatorias se encuentran excluidas del alcance del acuerdo.

En el preámbulo y cuerpo del acuerdo, se hace referencia a la igualdad de género, PyMES y a los derechos de los pueblos indígenas. Con respecto a estos últimos, el nuevo acuerdo agrega una **cláusula de excepciones generales** especificando que nada establecido en el APPRI impedirá que Canadá adopte o mantenga medidas destinadas a hacer cumplir los derechos aborígenes en el marco del tratado.

Notablemente, el acuerdo incluye una nueva sección sobre la promoción y facilitación de las inversiones que, por ejemplo, requiere que los procedimientos de autorización adoptados o mantenidos por las Partes “no compliquen o dilaten indebidamente el establecimiento, adquisición, expansión, manejo, conducción, operación y venta u otra disposición de una inversión en el territorio de una Parte”.

El acuerdo conserva el acceso al arbitraje en el CIADI, el MC del CIADI y la CNUDMI. Sin embargo, el APPRI de 2021 refleja algunos cambios con respecto al procedimiento de arbitraje que incluyen el requisito de que las partes realicen consultas antes de la presentación de una solicitud de arbitraje; alienta a las partes que “consideren una mayor diversidad en el nombramiento de los árbitros, incluso a través del nombramiento de mujeres”; la adopción del **Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI**; un artículo sobre **financiación por terceros**, el cual requiere la divulgación de todo convenio de financiamiento; y un **Código de Conducta para los Árbitros**, el cual está provisto en el acuerdo.



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal decide a favor de demandantes en otra controversia sobre energía solar española; Árbitro disidente argumenta que, no obstante, el tribunal sobredimensionó el “derecho a regular” de España

Spain RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain

Lukas Schaugg

En otro caso sobre energías renovables contra España, un tribunal del CIADI otorgó más de EUR 28 millones a dos filiales de la empresa alemana RWE (conjuntamente, RWE). El tribunal desestimó la objeción a la jurisdicción intra-UE entablada por España y concluyó que se encontraba en violación del estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE. El laudo fue dictado el 18 de diciembre de 2020.

Antecedentes y demandas

Desde 1997 al 2007, España promulgó una serie de medidas legislativas (“medidas iniciales”), incluyendo el Real Decreto (RD) 661/2007, para incentivar el desarrollo del sector de energías renovables por medio de un régimen financiero especial (“Régimen Especial”). Según estas medidas y sujeto a registro previo, los generadores de energías renovables recibieron una prima o, alternativamente, un sistema fijo de tarifas reguladas (FIT, por sus siglas en inglés) a una tarifa por encima del precio de mercado por la electricidad producida. Entre 2001 y 2011, RWE adquirió acciones en cuatro plantas hidroeléctricas y 16 parques eólicos en España sobre los cuales regía el Régimen Especial.

Tras la crisis financiera de 2008, el déficit tarifario del sector de electricidad española se tornó cada vez menos sostenible. Para subsanar este déficit, España promulgó una serie de medidas legislativas urgentes (las “medidas en disputa”) entre 2012 y 2014. Estableció un impuesto del 7% sobre todos los ingresos obtenidos por todas las empresas generadoras, incluyendo a aquellas del sector de energías renovables (bajo la ley 15/2012). También reemplazó el FIT y las primas del Régimen Especial por una garantía de rentabilidad razonable, establecida en 7,398% antes de impuestos.

En respuesta a las medidas en disputa, RWE presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI en diciembre de 2014 argumentando que, al promulgar las medidas en disputa, España violó el Artículo 10(1) del TCE. RWE alegó específicamente la violación de las expectativas legítimas, así como una falta de estabilidad regulatoria, TJE, razonabilidad y transparencia.

Tribunal desestima objeción intra-UE de España pero admite objeción a la jurisdicción sobre medidas impositivas

En su primera objeción jurisdiccional, España afirmó que el tribunal carecía de jurisdicción *ratione personae*, debido a la ausencia de inversores protegidos bajo el TCE. De acuerdo con España, y contrariamente a lo que requiere el Artículo 26 del TCE, las demandantes no pertenecían al territorio de otro Estado contratante, ya que Alemania y España ya eran Estados miembros de la UE en el momento de la ratificación del TCE.

El tribunal abordó la jurisdicción, responsabilidad y ciertas cuestiones de cuantía en su decisión del 30 de diciembre de 2019. Al desestimar la primera objeción de España, el tribunal afirmó que la definición de “territorio” se predicó con respecto a Estados individuales más que a toda la UE. Ninguna parte del Artículo 26 del TCE sugiere que España limita su consentimiento a arbitraje a inversores de países que no pertenecen a la UE. Si la UE o sus Estados miembros hubieran querido denegar el acceso a arbitraje para resolver controversias intra-UE, podrían haber incluido una cláusula de desconexión en el TCE (*quod non*).

El tribunal asimismo desestimó la alegada primacía del derecho de la UE sobre el TCE basado en la CVDT enfatizando el principio de *pacta sunt servanda*. El derecho de la UE no era *lex posterior* conforme al Artículo 30 de la CVDT, ya que el Artículo 16 del TCE establece una regla de no derogación, la cual aplicaba, ya que era más favorable a RWE. Además, la celebración de los tratados de la UE no constituía una terminación o suspensión implícita del TCE entre los Estados miembros de la UE bajo el artículo 59 de la CVDT.

El tribunal también coincidió con los demandantes al afirmar que debía hacerse una distinción en cuanto a la sentencia *Achmea*. Contrariamente al presente caso, *Achmea* involucra un TBI del cual la UE no es parte. En



todo caso, no se requirió una determinación del derecho de la UE para resolver la controversia.

España también objetó la jurisdicción sobre medidas impositivas debido a la excepción impositiva presente en el Artículo 21 del TCE. Afirmó que según esta disposición, el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, y el Canon por Utilización de las Aguas Continentales para la Producción de Energía Eléctrica, implementados en 2012, estaban exentos del alcance del TCE. El tribunal coincidió con esto y no admitió su jurisdicción sobre estas medidas específicas.

España no creó expectativas legítimas pero, no obstante, violó el TJE al actuar de manera desproporcionada, afirma el tribunal

El tribunal concluyó que España no realizó ningún compromiso específico de mantener el sistema inicial de remuneración, lo cual hubiera sido suficiente para crear expectativas legítimas. El estándar TJE en el TCE tuvo que ser interpretado restrictivamente. Para establecer las expectativas legítimas, la carga recaía sobre RWE para probar que España (1) había realizado un compromiso específico, (2) sobre el cual RWE se basó *de facto*, y que (3) este fundamento era razonable.

El tribunal no coincidió con el alegato de RWE de que las medidas iniciales contenían un compromiso específico de que el Régimen Especial seguiría en vigencia. Una declaración que adopta la forma de derecho local es una norma de aplicación general, y no puede ser ignorada respecto de una promesa específica o un compromiso contractual. Tampoco puede ignorarse el registro administrativo de las inversiones. El tribunal también encontró falta de evidencia para demostrar que las demandantes de hecho se basaron en una declaración como tal, ya que RWE sabía que existía la posibilidad de que podría haber cambios regulatorios al realizar las inversiones.

Sin embargo, determinó que, no obstante, España violó el TJE al actuar de manera desproporcionada. El test apropiado para evaluar la proporcionalidad era, si las modificaciones fueron (1) adecuadas, (2) necesarias para lograr la intención legislativa, y (3) si se trasladó una carga financiera excesiva a los inversores. Al aplicar la prueba, el tribunal otorgó un margen razonable de apreciación al Estado. En cuanto a la primera condición, el tribunal determinó que las medidas en disputa fueron adecuadas, y, de hecho, exitosas para abordar el déficit tarifario. Además, al concluir que se cumplió el segundo criterio, rechazó el argumento de RWE de que España tenía a su disposición otros medios menos restrictivos.

El tribunal, no obstante, sostuvo que las demandantes recibieron una carga financiera excesiva con respecto a algunas plantas en las cuales la tasa interna de retorno ahora estaba muy por debajo de lo que España había decidido que era razonable.

Se desestima demanda por falta de condiciones regulatorias estables

Según RWE, la derogación incremental de las medidas iniciales por parte de España constituía una falla para mantener condiciones regulatorias estables bajo el Artículo 10(1) del TCE. Las demandantes también alegaron que las medidas en disputa eran de carácter retroactivo. Por el contrario, España afirmó que (1) mantuvo los elementos esenciales de los modelos retributivos anteriores, (2) se permitía la adopción de medidas macroeconómicas razonables y proporcionadas en virtud de la política pública, y que (3) las medidas en disputa no eran de carácter retroactivo (párrafos 605–609).

Según el tribunal, la prueba pertinente para demostrar la violación del compromiso de estabilidad era determinar “si ha habido cierta forma de cambio absoluto e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico” (párrafo 610). La cuestión esencial en materia de dicho cambio radica en si las medidas en disputa “tienen un efecto retroactivo inadmisibles” (párrafo 613).

Considerando que la nueva legislación mantenía los elementos clave del régimen inicial, el tribunal concluyó que las medidas en disputa no constituían una violación de estabilidad en general. Sin embargo, sobre un punto específico, coincidió con las demandantes al concluir que la solicitud *de facto* de España sobre el pago de sumas específicas ya pagadas por 10 plantas constituía una violación del estándar de TJE.

Se rechazan demandas de violación de razonabilidad, transparencia y cláusula paraguas

Estando de acuerdo con los enfoques adoptados por los tribunales en los casos *AES vs. Hungría* y en *EDF vs. Rumanía*, en cuanto a la razonabilidad, el tribunal debió determinar si hubo “una correlación adecuada entre el objetivo subyacente a la política pública del Estado y la medida adoptada para alcanzarlo” (párrafo 644). Al ser alto el umbral para establecer la irrazonabilidad, el tribunal concluyó que las medidas en disputa eran irrazonables únicamente en la medida en que también fueran desproporcionadas. Asimismo, el tribunal rechazó el alegato de RWE de que la conducta de España se encontraba en violación con el requisito de transparencia en el Artículo 10(1) del TCE. Si bien



aceptó que este artículo de hecho creaba un requisito de transparencia independientemente de las expectativas legítimas o estabilidad, el tribunal también destacó que el umbral aplicable en términos de determinación de la transparencia era elevado. Un principio establecido en la jurisprudencia arbitral requiere una total falta de transparencia para determinar una violación del estándar TJE. Dado que España había publicado los textos de los proyectos legislativos, condujo consultas públicas y que realizó cambios en respuesta a las medidas en disputa, el tribunal no encontró una violación del TJE debido a una falta de transparencia.

Por último, el tribunal no estuvo de acuerdo con el alegato de las demandantes de que la cláusula paraguas del Artículo 10(1) del TCE no trazaba una distinción entre las obligaciones contractuales y las medidas regulatorias. Al coincidir con España, el tribunal sostuvo que se requería un nexo consensual directo para activar la cláusula paraguas y que ni las medidas en disputas ni el registro de plantas individuales calificaban como tales (párrafo 679).

No hay restitución; Se otorgan daños y costos

El tribunal rechazó la solicitud de restitución de RWE, señalando que esto colocaría una carga desproporcionada sobre España y concluyendo que la reparación plena podría conseguirse a través de una compensación.

Además, el tribunal abordó las cuestiones restantes sobre la cuantía en su laudo del 18 de diciembre de 2020. Con respecto al repago que España procuró de 10 plantas, el tribunal afirmó que las demandantes estaban facultadas para recuperar las sumas que realmente habían pagado. Aceptó la suma de EU 14,82 millones calculada conjuntamente por los expertos de RWE y de España.

Con respecto a los daños por la violación del Artículo 10(1) del TCE, las demandantes sostuvieron que el método de Flujo de Caja Descontado (DCF, por sus siglas en inglés) era el más apropiado para cuantificar la pérdida del valor justo de mercado de las inversiones de RWE. El demandado, a su vez, afirmó que el DCF llevaría a una sobre-valoración y alegó que el tribunal debería aplicar el método basado en el coste de los activos, “dependiendo de si se recuperan o no y de si se obtiene una rentabilidad razonable” (párrafo 720).

RWE alegó que un escudo fiscal estaba disponible para sus inversiones (las pérdidas operativas netas, los deterioros de activos y la depreciación) que debería ser tenido en cuenta al momento de calcular los daños. El tribunal estuvo de acuerdo, señalando que debía intentar “replicar la situación fiscal real de las plantas”.

El tribunal sostuvo que debía aplicar un método DCF calificado. Asimismo, los daños debían ser calculados sobre la base de un escenario “contrafáctico”, pero con un límite para garantizar que no se recuperen sumas más allá del marco comparativo de 7,398%. Aceptó la tasa de descuento de 7,61% propuesta por los expertos de RWE.

Asimismo, el tribunal otorgó alrededor de EUR 28 millones más intereses compuestos por las pérdidas causadas por la violación del Artículo 10(1) por parte de España. Además, ordenó a España que asumiera todos los costos del arbitraje y parte de las costas legales de RWE.

Opinión independiente de Judd Kessler

En una opinión independiente, el árbitro Kessler determinó que España en efecto violó las expectativas legítimas de RWE y que la compensación debería haber sido más sustancial. Explicó que España asumió un compromiso específico de mantener el régimen inicial al conceder incentivos financieros a los inversores extranjeros en términos específicos, tales como tasas de remuneración y años de vigencia. Según su opinión, el tribunal del caso sobredimensionó erróneamente el derecho a regular de España, señalando que la situación que dio lugar a la controversia “no tiene nada que ver con una limitación a las facultades regulatorias del Demandado” (párrafo 61).

Nota: El tribunal estuvo compuesto por Samuel Wordsworth QC (designado por la Secretaría General del CIADI, nacional del Reino Unido), Judd Kessler (designado por las demandantes, nacional de los Estados Unidos) y Anna Joubin-Bret (designada por el demandado, nacional francesa). El laudo, con fecha del 18 de diciembre de 2020, y la opinión independiente del 1 de diciembre, están disponibles en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4065/DS16032_sp.pdf. La decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y ciertas cuestiones de cuantía, con fecha del 30 de diciembre de 2019, está disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11004.pdf>.

Autor

Lukas Schaugg es Investigador en Derecho Económico Internacional del IISD e investigador con doctorado en derecho de las inversiones de Osgoode Hall Law School, Toronto, Canadá. Posee un LL.M. en derecho internacional del King's College London.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Obligaciones Internacionales que Rigen las Actividades de las Agencias de Crédito a la Exportación en Conexión con la Continua Financiación de Proyectos y Actividades relativas a los Combustibles Fósiles

Esta opinión legal, encargada por Oil Change International, establece las responsabilidades de las agencias de crédito a la exportación y de los Gobiernos con respecto a la financiación de proyectos en el sector de combustibles fósiles. Disponible aquí.

La Función de la Equidad en el Derecho Internacional

Por Catherine Titi, Oxford University Press (2021)
Se basa en el arbitraje de inversión para exponer un argumento normativo sobre el papel que desempeña la equidad en el derecho internacional. Disponible aquí.

Monitor de la UNCTAD sobre las Tendencias de Inversión en el marco de los ODS (abril 2021)

Disponible aquí.

Es necesario Repensar los Tratados de Inversión para Garantizar una Transición Energética Rápida y Justa

Por Kyla Tienhaara, IIED
Disponible aquí.

¿Los Casos de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados Influyen en la Regulación Ambiental a nivel Nacional? El Papel de la Capacidad Burocrática del Estado Demandado

Por Tarald Laudal Berge y Axel Berger, *Journal of International Dispute Settlement* (marzo, 2021)
Disponible aquí.



© 2021 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

El IISD es uno de los centros líderes en investigación e innovación a nivel mundial. Proporciona soluciones prácticas ante los crecientes desafíos y oportunidades de integrar las prioridades ambientales y sociales en el desarrollo económico. Informamos sobre las negociaciones internacionales y compartimos los conocimientos adquiridos mediante proyectos colaborativos, lo que propicia investigaciones más rigurosas, redes mundiales más sólidas y un mejor compromiso entre los investigadores, los ciudadanos, las empresas y los encargados de elaborar políticas.

El IISD está registrado como una organización caritativa en Canadá y tiene el estatus 501(c) (3) en los Estados Unidos. Recibe su principal respaldo operativo de parte del Gobierno de Canadá, provisto mediante el Centro Internacional de Investigación sobre el Desarrollo (International Development Research Centre, IDRC), y de la provincia de Manitoba. El Instituto recibe fondos para proyectos de parte de diversos Gobiernos dentro y fuera de Canadá, agencias de las Naciones Unidas, fundaciones, el sector privado y ciudadanos particulares.

Investment Treaty News (ITN)

Las opiniones expresadas en esta publicación no necesariamente reflejan aquellas del IISD o sus patrocinadores, ni deberían ser atribuidas a ellos.

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Zoe Phillips Williams a zoe.williams@iisd.net

Para suscribirse a ITN, por favor visite: www.iisd.org/itn/subscribe



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development