

# NOTICIAS Y NOVEDADES EN MATERIA DE ARBITRAJE

CARLOS HERNÁNDEZ DURÁN

Abogado de Uría Menéndez, Grupo de Arbitraje y Litigación Internacional (Madrid)

JORDI SELLARÉS SERRA

Secretario General del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional (Barcelona)

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Junio 2023

Págs. 307-312

SUMARIO: I. VARIOS PAÍSES EUROPEOS ANUNCIAN SU INTENCIÓN DE ABANDONAR EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA. II. RECHAZADA LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN EN CHILE: INCÓGNITAS PARA EL ARBITRAJE. III. EXCEPCIÓN A LAS SANCIONES CONTRA RUSIA EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA (INCLUYENDO EL ARBITRAJE).

## I. VARIOS PAÍSES EUROPEOS ANUNCIAN SU INTENCIÓN DE ABANDONAR EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

En el último número de la Revista dábamos cuenta de la décima sesión para la modernización del Tratado de la Carta de la Energía (ECT por sus siglas en inglés), en la que se discutieron posibles cambios en las definiciones de conceptos relevantes de la ECT, como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta.

Estas discusiones han pasado necesariamente a un segundo plano dado que varios de los países firmantes de la ECT (y, en particular, países europeos)

han anunciado su intención de abandonar el Tratado. El anuncio más reciente ha sido el de Eslovenia<sup>1</sup>, que se suma al de otros países como Luxemburgo, Italia, Polonia, Países Bajos, Alemania<sup>2</sup>, Francia (país que en el último año recibió su primera reclamación de un inversor al amparo de la ECT<sup>3</sup>), y España (que en los últimos tiempos han confirmado también su intención de abandonar el Tratado).

Esta tendencia dio comienzo en 2015, cuando Italia se convirtió en el primer país de la Unión Europea en anunciar su intención de abandonar la ECT después de la primera deserción en 2009 de un Estado tercero a la Unión Europea (Rusia).

Las razones que esgrimen estos países para abandonar la ECT tienen como punto en común una posible incompatibilidad del Tratado con las previsiones del Acuerdo de París<sup>4</sup> y, en general, con las políticas climáticas y medioambientales que estos países pretenden impulsar, incluyendo la no promoción de inversiones en combustibles fósiles. Por ejemplo, el ministro de Energía luxemburgués, Claude Turmes, declaró que la ECT protege en exceso a los combustibles fósiles y a la energía nuclear y que, aunque se habían hecho progresos para la modernización del Tratado, este seguía siendo inconsistente con el Acuerdo de París<sup>5</sup>.

Si bien estas consideraciones medioambientales eran, en parte, el motor del debate que debía conducir a la modernización o reforma del Tratado, algunas fuentes gubernamentales (como la ministra de Transición Ecológica española, Teresa Ribera<sup>6</sup>) han apuntado que tales esfuerzos de reforma no habían resultado suficientemente fructíferos, lo cual arrojaba dudas de qué texto se aprobaría finalmente en la conferencia final para la reforma del tratado en Ulan-Bator, Mongolia, el 22 de noviembre de 2022.

Finalmente, en el transcurso de esa conferencia, las partes signatarias de la ECT decidieron excluir de la agenda la votación del nuevo texto y posponerla a abril de 2023, lo cual arroja serias dudas sobre el futuro del Tratado. De hecho, el pasado 24 de noviembre de 2022 el Parlamento Europeo aprobó

1. Disponible en <https://www.gov.si/novice/2022-11-10-23-redna-seja-vlade-republike-slovenije/>.
2. Disponible en <https://www.gruene-bundestag.de/presse/pressemitteilungen/einigung-ko-nkrete-weiterentwicklung-der-ampel-handelsagenda>.
3. *Encavis AG and others v. French Republic* (ICSID Case n.º ARB/22/22). El procedimiento se encuentra suspendido desde el 10 de octubre de 2022 por acuerdo de las partes.
4. Acuerdo de París dentro de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmado el 22 de abril de 2016.
5. Ver <https://globalarbitrationreview.com/article/luxembourg-ect-exit-door>.
6. Ver «Spain pulls out of energy treaty over climate concerns», *Politico*, 12 de octubre de 2022, disponible en [www.politico-eu.cdn.ampproject.org/c/s/www.politico.eu/article/spain-pulls-out-of-energy-treaty-over-climate-concerns/amp/](http://www.politico-eu.cdn.ampproject.org/c/s/www.politico.eu/article/spain-pulls-out-of-energy-treaty-over-climate-concerns/amp/).

una resolución mediante la cual instaba a todos los Estados miembros y a la Comisión Europea (dado que la Unión Europea es parte del tratado) a abandonar la ECT<sup>7</sup>.

Entre los compromisos más relevantes que se habían alcanzado en el marco de las rondas de negociación para la modernización de la ECT estaba la introducción de una facultad para los Estados parte conforme a la cual podían no extender las protecciones del Tratado a las inversiones en combustibles fósiles en sus respectivos territorios.

Aunque en los últimos tiempos varios países europeos (y, singularmente, Italia y España) han recibido múltiples reclamaciones al amparo de la ECT por parte de inversores en energías renovables (no fósiles), los esfuerzos de reforma del Tratado tenían en el punto de mira los combustibles fósiles. De hecho, tanto la Unión Europea como Reino Unido habían optado por limitar la protección tanto de las inversiones existentes en combustibles fósiles durante diez años una vez entraran en vigor las modificaciones del Tratado como de aquellas inversiones nuevas que se produjeran después de agosto de 2023.

En todo caso, las inversiones efectuadas antes de la denuncia del Tratado seguirán gozando de protección durante un período de veinte años, de conformidad con la cláusula 47.3 de la ECT (la llamada *sunset clause*<sup>8</sup>). En efecto, desde la denuncia del Tratado por parte de Italia (que surtió efecto un año después<sup>9</sup> de la notificación de la denuncia al depositario de la ECT, Portugal), se han presentado un total de seis casos CIADI<sup>10</sup> contra el país transalpino

7. European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP)), disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_EN.pdf): «18. Reiterates that Parliament has called on the Commission and the Member States to start preparing a coordinated exit from the ECT and an agreement excluding the application of the sunset clause between willing contracting parties; recalls that the EU can only ratify the modernised ECT with the final consent of Parliament, and that Parliament will consider its previous positions and the shortcomings of the modernisation if requested to consent to it; takes the position that Parliament will support the EU's exit from the ECT when requested to consent to it; 19. Welcomes the announcement by the Polish, Spanish, Dutch, French, Slovenian, German and Luxembourgish governments of their intention to withdraw from the ECT, and notes that in most cases the decision has been taken on the basis of the outcome of the modernisation process».

8. «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».

9. ECT, art. 47.2.

10. ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/16/5), VC Holding II S.a.r.l. and others v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/16/39), Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/17/14), Veolia Propreté SAS v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/18/20),

bajo la ECT; asimismo, más recientemente, Eslovenia ha recibido una nueva demanda CIADI<sup>11</sup> por parte de una entidad luxemburguesa justo después de anunciar su intención de abandonar la ECT.

La llamada *sunset clause* también fue objeto de la resolución del Parlamento Europeo a la que nos hemos referido anteriormente. Según la Eurocámara, los países miembros y la Comisión deberían iniciar un proceso para dejarla sin efecto<sup>12</sup>.

## II. RECHAZADA LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN EN CHILE: INCÓGNITAS PARA EL ARBITRAJE

El proyecto de reforma constitucional en Chile ha sido rechazado por un 62% de los votos tras tres años de debates parlamentarios y trabajos legislativos. El proceso de reforma constitucional chilena, que tenía por objeto reemplazar la vigente Constitución de 1980, puede rastrear hasta el incremento en el coste del transporte público en Santiago de Chile, que en 2019 terminó por provocar un estallido social acompañado de importantes protestas y demandas de cambio en todo el país.

Entre estas demandas de cambio destacó la voluntad popular de proceder a una reforma constitucional, hasta el punto de que en el año 2020 una amplia mayoría (80%) votó a favor de revisar el texto constitucional de 1980. La propuesta de reforma abarcaba cuestiones tales como la atención sanitaria universal, el aborto, el derecho al autogobierno de las comunidades indígenas y el control sobre las operaciones mineras y otras cuestiones medioambientales.

Sin embargo, el pasado mes de septiembre un 62% de los chilenos que acudieron a las urnas rechazó en plebiscito el cambio constitucional. A pesar de este resultado, el presidente chileno Gabriel Boric ha insistido en que el proceso de cambio constitucional no se va a detener y que se trabajará en una nueva propuesta que pueda concitar el respaldo mayoritario de la ciudadanía chilena.

---

Hamburg Commercial Bank AG v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/20/3) y Encavis and others v. Italian Republic (ICSID Case n.º ARB/20/39).

11. *Towra SA-SPF v. Republic of Slovenia* (ICSID Case n.º ARB/22/33).

12. *European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP): «20. Underlines the need to act in a coordinated manner in order to be stronger in the withdrawal negotiations and to limit the negative effects of the sunset clause and to effectively prevent intra-EU disputes; urges the Commission to initiate immediately the process towards a coordinated exit of the EU from the ECT and calls on the Council to support such a proposal; believes this to be the best option for the EU to achieve legal certainty, and prevent the ECT from putting the EU's climate and energy security ambitions in further jeopardy».*

Desde el punto de vista del arbitraje, el proyecto de reforma constitucional chileno produjo cierta expectación, dado que en las distintas comisiones se plantearon propuestas que podían generar dudas desde el punto de vista de su compatibilidad con los tratados de protección de inversiones suscritos por Chile.

En particular, la Comisión de medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico aprobó una propuesta mediante la cual se pretendía incluir un mecanismo constitucional para impedir a Chile la suscripción de tratados de protección de inversiones que permitieran el recurso por parte de los inversores extranjeros a tribunales de arbitraje no permanentes, como los que habitualmente conocen de las reclamaciones inversor-Estado bajo los múltiples tratados de protección de inversiones actualmente en vigor.

Adicionalmente, la propuesta preveía la concesión de un plazo de dos años al presidente de la República para sustituir o renegociar aquellos tratados de protección de inversiones que facilitarían a los inversores el acceso a un tribunal arbitral *ad hoc* con el fin de someter las posibles disputas con inversores a tribunales permanentes o cortes multilaterales de inversión.

El pleno de la Comisión Constitucional rechazó la mayoría de estas propuestas, de modo que ni siquiera pasaron a la propuesta de reforma constitucional sometida a referéndum. Sin embargo, no puede descartarse que en el marco de los futuros planes de reforma constitucional anunciados por el presidente Boric se vuelva a analizar la necesidad de modificar los compromisos de Chile en materia de arbitraje y protección de inversiones.

### III. EXCEPCIÓN A LAS SANCIONES CONTRA RUSIA EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA (INCLUYENDO EL ARBITRAJE)

El pasado 21 de julio de 2022, el Consejo Europeo adoptó un paquete de medidas en relación con las transacciones con contrapartes rusas (en particular, con entidades estatales rusas) en el marco de las sanciones impuestas a Rusia. Las sanciones europeas contra Rusia fueron adoptadas inicialmente en 2014 a consecuencia de la invasión de Crimea, pero se han endurecido recientemente a consecuencia de la ofensiva armada de Rusia contra Ucrania.

El Consejo Europeo ha clarificado que las sanciones no se extienden a aquellas transacciones que sean necesarias para garantizar el acceso a la justicia de una entidad rusa en un Estado miembro (incluyendo el acceso al arbitraje<sup>13</sup>). El anuncio del organismo europeo ha sido acogido muy favorable-

13. Council Regulation (EU) 2022/1269 of 21 July 2022 amending Regulation (EU) 833/2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukra-

mente por las principales instituciones arbitrales europeas<sup>14</sup>, las cuales han manifestado a través de un comunicado conjunto su satisfacción por la resolución adoptada por el Consejo Europeo.

Del mismo modo, la *London Court of International Arbitration* (LCIA) obtuvo el 17 de octubre de 2022 una licencia general<sup>15</sup> que le permite procesar pagos de partes sujetas a las sanciones financieras del Reino Unido contra Rusia y Bielorrusia para cubrir los costes de los arbitrajes LCIA de los que sean parte. La Oficina de Implementación de Sanciones Financieras (OFSI, por sus siglas en inglés) del Reino Unido emitió una licencia general que permite a las partes sancionadas, junto con las empresas de su propiedad o bajo su control y sus representantes legales, transferir fondos directamente a la LCIA.

La autorización, en vigor desde el 17 de octubre de 2022 y de duración indefinida, también permite que la LCIA use fondos depositados por las partes sancionadas antes de que las sanciones fueran adoptadas y aceptar pagos de partes no sancionadas en arbitrajes en los que una parte sancionada no haya satisfecho los costes o provisiones de fondos del arbitraje.

También permite que los bancos con los que trabaja la LCIA cobren intereses sobre los fondos de partes sancionadas que la LCIA tiene depositados y permite que los bancos procesen los pagos (lo cual es un requisito indispensable para que la exención a las sanciones funcione en la práctica, como vienen reclamando los usuarios del arbitraje).

---

*ine: «transactions which are strictly necessary to ensure access to judicial, administrative or arbitral proceedings in a Member State, as well as for the recognition or enforcement of a judgment or an arbitration award rendered in a Member State and if such transactions are consistent with the objectives of this Regulation and Regulation (EU) 269/2014».*

14. Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC), Institución Alemana de Arbitraje (DIS), Cámara de Arbitraje de Milán (CAM), Centro Suizo de Arbitraje, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio finesa.

15. Disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1111562/17102022\\_INT-2022-1552576\\_LCIA\\_Fees\\_GL\\_FINAL\\_VERSION\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1111562/17102022_INT-2022-1552576_LCIA_Fees_GL_FINAL_VERSION_.pdf).