

## ¿Debe la Unión Europea arreglar, abandonar o eliminar el Tratado sobre la Carta de la Energía?

Martin Dietrich Brauch\*

Febrero de 2021

### La UE lo inició

A principios de la década de 1990, la Comunidad Económica Europea –predecesora de la Unión Europea (UE)– encabezó una iniciativa para promover la cooperación internacional en el sector energético, especialmente con los Estados postsoviéticos de Europa del Este y Asia Central. De este proceso nació el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) en 1994. Más allá de la cooperación internacional, el tratado permite a los inversores extranjeros del sector energético demandar a los Estados anfitriones en tribunales de arbitraje internacional y reclamar una compensación monetaria cuando las medidas políticas y otras acciones del Estado afecten a sus intereses.

Avancemos hasta 2021. Con 135 casos conocidos iniciados hasta la fecha<sup>1</sup>, el TCE contiene el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) más frecuentemente invocado<sup>2</sup>. Como lo demuestra un creciente número de investigaciones, el TCE está obsoleto teniendo en cuenta no solo los principios modernos del derecho internacional de las inversiones, sino también los objetivos del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ambos textos globales 21 años más jóvenes que el TCE<sup>3</sup>. Las protecciones especiales en virtud del derecho internacional que el TCE otorga a los inversores en combustibles fósiles y a sus inversiones van en dirección contraria a lo que es necesario para que el mundo descarbonice su estructura energética y luche contra la emergencia climática<sup>4</sup>.

---

\* Martin Dietrich Brauch (LL.M.) es investigador jurídico y económico senior del Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). Le gustaría dar las gracias a Lisa Sachs, Lise Johnson y Perrine Toledano por la revisión y los comentarios muy útiles sobre los borradores de este artículo, a Lucía Bárcena por ayudar con la traducción al español, y a Cuca Hernández por preparar esta excelente traducción. Artículo publicado originalmente en inglés en <https://blogdroiteuropeen.com/2021/02/09/should-the-european-union-fix-leave-or-kill-the-energy-charter-treaty-by-martin-dietrich-brauch>.

<sup>1</sup> “List of Cases,” International Energy Charter (sitio web), Secretaría de la Carta de la Energía, acceso en 12 de febrero de 2021, <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases>.

<sup>2</sup> “Investment Dispute Settlement Navigator,” Investment Policy Hub (sitio web), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), acceso en 12 de febrero de 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

<sup>3</sup> Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Dietrich Brauch, “Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition,” *Transnational Dispute Management* 1 (2019), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3446723](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3446723).

<sup>4</sup> Martin Dietrich Brauch, “Reforming International Investment Law for Climate Change Goals,” in *Research Handbook on Climate Finance and Investment*, eds. Michael Mehling y Harro van Asselt (Cheltenham: Edward

## La UE debe abordar el tema

La creciente presión de la sociedad civil europea ha sacado a la luz las deficiencias del TCE y su incoherencia con las políticas de la UE<sup>5</sup>, pidiendo a la Comisión Europea que actúe aprovechando el impulso de la renegociación en curso –o “modernización”– del TCE<sup>6</sup>. Las tres primeras rondas de conversaciones para la renegociación se celebraron en julio, septiembre y noviembre de 2020<sup>7</sup>, y el proceso continuará a lo largo de 2021<sup>8</sup>.

Con razón, la presión recae sobre la UE. En primer lugar, el TCE no está en consonancia con la legislación y la política de la UE en materia de inversiones<sup>9</sup>. La Unión negocia actualmente acuerdos de inversión que (por imperfectos que sean) establecen derechos materiales con un lenguaje reformista<sup>10</sup>, muy diferente de las imprecisas disposiciones del TCE. En los acuerdos de inversión de la UE ya aparecen Sistemas de Tribunales de Inversión (STI) dotados de tribunales permanentes y órganos de apelación, en lugar de cláusulas de arbitraje inversor-Estado como las incluidas en el TCE, y la UE tiene la intención de crear un Tribunal Multilateral de Inversiones que sustituya a los STI<sup>11</sup>. Además, Bélgica solicitó un dictamen al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), que puede dar lugar a una declaración de incompatibilidad de las cláusulas ISDS del TCE con la legislación de la UE<sup>12</sup>. Si bien los nuevos enfoques de la UE no abordan de manera adecuada los problemas centrales del derecho internacional de las inversiones<sup>13</sup>, el hecho es que el TCE es incompatible con esos nuevos enfoques.

---

Elgar, próximo), <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63>; “End Fossil Protection,” End Fossil Protection (sitio web), End.Fossil.Protection.Org, acceso en 12 de febrero de 2021, <http://www.endfossilprotection.org>.

- <sup>5</sup> Fabian Flues, Pia Eberhardt, y Cecilia Olivet, *Busting the Myths Around the Energy Charter Treaty: A Guide for Concerned Citizens, Activists, Journalists and Policymakers* (Berlín, Bruselas y Amsterdam: PowerShift, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, diciembre de 2020), [https://www.tni.org/files/publication-downloads/busting\\_the\\_myths\\_around\\_the\\_energy\\_charter\\_treaty-web.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/busting_the_myths_around_the_energy_charter_treaty-web.pdf).
- <sup>6</sup> Martin Dietrich Brauch, “Modernizing the Energy Charter Treaty: A Make-or-Break Moment for Sustainable, Climate-Friendly Energy Policy,” *International Institute for Sustainable Development (IISD)* (blog), IISD, 13 de noviembre de 2019, <https://www.iisd.org/articles/modernizing-energy-charter-treaty-make-or-break-moment-sustainable-climate-friendly-energy>.
- <sup>7</sup> “Modernisation of the Treaty,” International Energy Charter (sitio web), Secretaría de la Carta de la Energía, acceso en 12 de febrero de 2021, <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty>.
- <sup>8</sup> Secretaría de la Carta de la Energía, Decision of the Energy Charter Conference: Preliminary Draft Schedule of Planned and Proposed Energy Charter Meetings and Activities for 2021, 16 de diciembre de 2020, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2020/CCDEC202017.pdf>.
- <sup>9</sup> “Energy Charter Treaty Modernisation: European Commission Presents Draft Negotiating Directives,” European Commission (sitio web), Comisión Europea, 14 de mayo de 2019, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>.
- <sup>10</sup> UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator* (Ginebra: UNCTAD, 2020), [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf).
- <sup>11</sup> “The Multilateral Investment Court Project,” European Commission (sitio web), Comisión Europea, modified January 2021, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.
- <sup>12</sup> “Belgium Requests an Opinion on the Intra-European Application of the Arbitration Provisions of the Future Modernised Energy Charter Treaty,” Kingdom of Belgium, Foreign Affairs, Foreign Trade and Development Cooperation (sitio web), Kingdom of Belgium, Foreign Affairs, Foreign Trade and Development Cooperation, 3 de diciembre de 2020, [https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium\\_requests\\_opinion\\_intra\\_european\\_application\\_arbitration\\_provisions](https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_application_arbitration_provisions).
- <sup>13</sup> “Public Consultation on a Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement,” CCSI (sitio web), CCSI, 13 de marzo de 2017, <http://ccsi.columbia.edu/2017/03/17/public-consultation-on-a-multilateral-reform-of-investment-dispute-settlement>.

En segundo lugar, el TCE no está en sintonía con la legislación y la política climática de la UE<sup>14</sup>. Para cumplir con su discurso como líderes climáticos –con su promesa de alcanzar la neutralización del carbono para 2050, reflejada en el Acuerdo Verde Europeo y en la Ley Europea del Clima– la UE no puede permitirse seguir patrocinando el TCE, que protege a los inversores y las inversiones en combustibles fósiles. De hecho, el Parlamento Europeo introdujo en la Ley Europea del Clima un mandato para que la Unión ponga “fin a la protección de las inversiones en combustibles fósiles en el contexto de la modernización del [TCE]”<sup>15</sup>.

En tercer lugar, las intenciones de la UE al impulsar el TCE pudieron ser las más nobles en 1994, pero según los estándares de 2021 el tratado es una aberración en materia de inversión y clima. Dado que la UE inició este desorden, tiene la responsabilidad moral de limpiarlo, por el bien de los europeos preocupados y del mundo en proceso de reducción de las emisiones de dióxido de carbono.

Ante el proceso de renegociación del TCE en curso, la UE puede seguir trabajando con los demás socios negociadores para arreglar el tratado (**enmienda**), reformarlo mediante un acuerdo entre los Estados miembros de la UE y otros Estados afines (**acuerdo de modificación entre algunas de las partes únicamente**), abandonarlo (**retiro**), o convencer a todos los miembros del TCE de que la mejor solución es eliminarlo (**terminación**). A continuación, analizo cada una de las opciones.

### ¿Debería la UE arreglarlo?

La propia UE, 26 de sus Estados miembros (todos menos Italia)<sup>16</sup> y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) –una organización independiente con los mismos miembros que la UE– representan en conjunto la mitad de los miembros del TCE. Aunque esto puede dar a la UE cierto poder de negociación en las renegociaciones del TCE, la modificación del TCE requiere unanimidad<sup>17</sup>, y conseguirla en materia de inversiones y clima será una batalla ardua.

En cuanto a las inversiones, los informes públicos sobre la renegociación a puerta cerrada señalan que los avances han sido lentos<sup>18</sup>. Después de las tres rondas de conversaciones celebradas en 2020, un informe de seguimiento filtrado muestra que los socios negociadores están lejos de alcanzar la unanimidad sobre si las protecciones de las inversiones del TCE deben reescribirse y cómo<sup>19</sup>, aunque la Comisión Europea las haya calificado de “anticuadas”<sup>20</sup>. La existencia de opiniones muy divergentes

---

<sup>14</sup> Karl Mathiesen u Jakob Hanke Vela, “The Obscure Energy Pact that Threatens the EU’s Green Deal,” *Politico*, 18 de diciembre de 2020, <https://www.politico.eu/article/energy-charter-treaty-threatens-eu-green-deal>.

<sup>15</sup> Parlamento Europeo, Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 8 de octubre de 2020 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1999 (“Ley Europea del Clima”), 8 de octubre de 2020, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0253\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0253_ES.html).

<sup>16</sup> “Italy,” International Energy Charter (sitio web), Secretaría de la Carta de la Energía, acceso en 12 de febrero de 2021, <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy>.

<sup>17</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en 17 de diciembre de 1994, entrada en vigor en 16 de abril de 1998, 2080 UNTS 95, Arts. 36(1)(a) y 42, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

<sup>18</sup> Frédéric Simon, “Energy Charter Treaty Reform Reaches Milestone, with Little Progress to Show,” *Euractiv*, 18 de diciembre de 2020, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/energy-charter-treaty-reform-reaches-milestone-with-little-progress-to-show>.

<sup>19</sup> Secretaría de la Carta de la Energía, Report of the Modernisation Group on Progress Made in Fulfilling the Negotiations Mandate, 25 de noviembre de 2020, [https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/12/ECT-report-on-progress-made\\_FS.pdf](https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/12/ECT-report-on-progress-made_FS.pdf).

<sup>20</sup> “Energy Charter Treaty Modernisation: European Commission Presents Draft Negotiating Directives,” European Commission (sitio web), Comisión Europea, 14 de mayo de 2019, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>.

sobre la reforma de las disposiciones sobre inversiones del TCE<sup>21</sup> ilustra los retos de las negociaciones de los tratados de inversión en general, que son difíciles en un contexto bilateral y, comprensiblemente, aún más en un contexto plurilateral como el del TCE.

En cuanto a la cuestión del clima, la UE ha propuesto un texto que pretende salvaguardar el derecho de los Estados a regular para combatir el cambio climático<sup>22</sup>. También ha propuesto añadir a la definición de “materiales y productos energéticos” del tratado para 2030 o 2040<sup>23</sup>, basándose en las actuales aspiraciones climáticas de la UE. Estas propuestas deberían ser más ambiciosas y, en cualquier caso, tendrían que combinarse con enmiendas a otras disposiciones. Si bien podrían ayudar a minimizar la amenaza que supone el TCE para una transición energética justa con bajas emisiones de carbono, el reto de la UE será conseguir la adhesión de aquellos socios negociadores que dependen de los combustibles fósiles, que probablemente no estarán dispuestos a aceptar una eliminación progresiva de las protecciones a las inversiones en combustibles fósiles.

Un acercamiento flexible podría ayudar a adaptar los diferentes puntos de vista de los socios negociadores. La flexibilidad del Acuerdo de París —el nivel de ambición de cada Estado no se define en un calendario de compromisos negociados a nivel internacional, sino en las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDN)— que explica su aceptación casi universal<sup>24</sup>. El modelo del Tratado de Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático<sup>25</sup>, cuya redacción dirigió, refleja este enfoque. Según el modelo de tratado, cada Estado enumera los sectores y actividades de inversión que se beneficiarían de la protección del tratado, y los que quedarían excluidos de ella. Si se insiste en la renegociación, la UE podría convencer a otros miembros del TCE de que adopten este enfoque flexible. La UE podría comprometerse a eliminar gradualmente las protecciones a las inversiones en combustibles fósiles de los inversores de la UE en el extranjero y a las inversiones en combustibles fósiles de los miembros del TCE en la UE —preferiblemente mucho más rápido que su calendario propuesto— independientemente de que otros socios negociadores hagan lo mismo.

El hecho de que no se trate de una negociación, sino de una renegociación, da a los defensores del statu quo una ventaja significativa frente a los defensores de la reforma: sin unanimidad en torno al cambio, el texto original permanece inalterado: las disposiciones sobre inversión siguen siendo obsoletas y defectuosas; las inversiones en combustibles fósiles siguen estando protegidas. Aunque es posible que en las renegociaciones se produzca un cierto grado de cesión y aceptación, es poco probable que den lugar a una reforma audaz del TCE que lo alinee con la legislación y la política de la UE en materia de inversión y clima. Por el contrario, existe un alto riesgo de que se produzcan cambios

---

<sup>21</sup> Lisa Bohmer, “Energy Charter Treaty Modernization Negotiations Reveal Fault Lines Regarding FET Standard, MFN Clause, and Right to Regulate,” *Investment Arbitration Reporter*, 28 de diciembre de 2020, <https://www.iareporter.com/articles/energy-charter-treaty-modernization-negotiations-reveal-fault-lines-regarding-fet-standard-mfn-clause-and-right-to-regulate>.

<sup>22</sup> “EU Text Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT),” European Commission (sitio web), Comisión Europea, mayo de 2020, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf).

<sup>23</sup> “EU Text Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty,” European Commission (sitio web), Comisión Europea, 25 de enero de 2021, [https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/eu\\_submission\\_-\\_revised\\_definition\\_of\\_economic\\_activity\\_in\\_the\\_energy\\_sector.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/eu_submission_-_revised_definition_of_economic_activity_in_the_energy_sector.pdf).

<sup>24</sup> The Creative Disrupters, *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: Argumentation Demonstrating How the Model Treaty Meets the Assessment Criteria* (Estocolmo: Stockholm Treaty Lab, julio de 2018), <https://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Argumentation.pdf>.

<sup>25</sup> The Creative Disrupters, *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation* (Estocolmo: Stockholm Treaty Lab, julio de 2018), <https://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>.

por el mínimo común denominador e incluso un estancamiento: rondas y rondas de negociaciones que conduzcan a un cambio sin sentido, o a que no haya ningún cambio.

### Si una profunda reforma fracasa, ¿Qué podría hacer la UE?

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) establece que, en determinadas circunstancias, “dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas”<sup>26</sup>. En consecuencia, si las partes no logran alcanzar la unanimidad en torno a una reforma significativa, los Estados miembros de la UE – quizás unidos a los miembros del TCE con ideas afines– deberían celebrar un acuerdo inter se para modificar el TCE entre ellos. Para esos Estados y los inversores de esos Estados, el acuerdo inter se de modificación podría eliminar gradualmente las protecciones del tratado a las inversiones en combustibles fósiles, adoptar disposiciones de inversión perfeccionadas, e incluso excluir la aplicabilidad de ciertas protecciones fundamentales y la cláusula ISDS. De paso, los Estados también podrían acordar un compromiso de derecho internacional jurídicamente vinculante y un calendario para eliminar rápidamente las subvenciones a los combustibles fósiles<sup>27</sup>, un elemento que está notablemente ausente en el TCE, pero que debería figurar en cualquier tratado de cooperación energética entre Estados que pretendan ser paladines del clima.

Una de las condiciones para la celebración de un acuerdo inter se es que la modificación que se lleve a cabo “no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones”<sup>28</sup>. En consecuencia, los Estados miembros de la UE sólo podrían modificar elementos del TCE sin afectar a los derechos de otros miembros del TCE en virtud del tratado. El TCE no reformado seguiría rigiendo la relación de los Estados miembros de la UE con los inversores de los miembros del TCE que no hayan firmado el acuerdo inter se. Los inversores de esos otros miembros del TCE podrían seguir iniciando un arbitraje contra los Estados miembros de la UE en virtud del tratado no reformado, y los inversores de la UE podrían seguir presentando reclamaciones en virtud del TCE contra sus Estados anfitriones no pertenecientes a la UE. Para evitar estas posibilidades, en combinación con el acuerdo inter se, la UE debería promover medidas destinadas a impedir el arbitraje del TCE, como la retirada del consentimiento previo al ISDS<sup>29</sup>.

Otra condición es que el acuerdo inter se “no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”<sup>30</sup>. Esta disposición representa un riesgo para los Estados miembros de la UE. Un miembro del TCE no perteneciente a la UE que sostenga la opinión de que, por ejemplo, la eliminación de las protecciones de los combustibles fósiles en virtud del acuerdo inter se frustraría la consecución del objeto y fin del TCE podría querer anular el acuerdo inter se mediante un arbitraje interestatal contra los Estados miembros de la UE en virtud del artículo 27 del TCE<sup>31</sup>. Es difícil determinar la probabilidad de que se produzca esta acción o sus perspectivas de éxito, pero es una posibilidad.

---

<sup>26</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada em 22 de mayo de 1969, entrada en vigor en 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 331, Art. 41, [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf).

<sup>27</sup> “Fossil Fuel Subsidies,” International Monetary Fund (sitio web), Fondo Monetario Internacional, acceso en 12 de febrero de 2021, <https://www.imf.org/en/Topics/climate-change/energy-subsidies#A%20Plan%20for%20Reform>.

<sup>28</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Art. 41(b)(i).

<sup>29</sup> Lise Johnson, Lisa Sachs, Brooke Güven y Jesse Coleman, “Clearing the Path: Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law,” *CCSI Policy Paper* (New York: CCSI, abril de 2018), <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/IIA-CCSI-Policy-Paper-FINAL-April-2018.pdf>.

<sup>30</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Art. 41(b)(ii).

<sup>31</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, Art. 27.

## ¿Debería la UE abandonar el TCE?

A finales de 2020, un grupo de 280 diputados de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo pidió a los Estados miembros de la UE que “exploraran vías para retirarse conjuntamente del TCE”<sup>32</sup>. Poco después, el Gobierno francés solicitó a la Comisión Europea que estudiara una “retirada coordinada” de la UE del TCE<sup>33</sup>, dado que protege los combustibles fósiles y frena el objetivo de neutralización de carbono de la UE para 2050.

Desde la perspectiva de la Unión, dado que la razón declarada para la retirada es la incoherencia del TCE con la legislación y la política de la UE, lo ideal sería que cualquier retirada fuera coordinada, con todo el bloque abandonando el tratado.

No obstante, si la Unión no consigue promover la coordinación necesaria en torno a sus propias leyes y políticas, la retirada unilateral por parte de los Estados miembros de la UE es una forma legítima de adecuar su política de inversiones extranjeras a sus ambiciones y compromisos en materia de cambio climático.

La retirada por parte de los Estados miembros de la UE puede tener consecuencias políticas significativas. Dentro de la UE, seguiría aumentando la presión para que otros Estados miembros y la Unión reconsideren y finalmente se retiren también. A los restantes miembros del TCE, podría llevarlos a reevaluar el papel y el valor del tratado sin los ex miembros, y potencialmente empujar a los restantes a una reforma significativa del tratado, a su retirada o incluso a su terminación. A nivel mundial, es probable que se debilite el atractivo y, sin duda, la presión política para permanecer en el TCE o adherirse a él.

Pensemos, por ejemplo, en Nigeria. En el contexto de los esfuerzos de la Secretaría del TCE de promover la expansión del TCE hacia África, Asia y América Latina y el Caribe, persuadiendo a los países en desarrollo para que se adhieran al obsoleto tratado, Nigeria ha iniciado el proceso de adhesión al TCE<sup>34</sup>. Con las mayores reservas de petróleo y gas del África subsahariana, Nigeria tiene dificultades para salir de su dependencia del petróleo<sup>35</sup>. Las élites políticas y económicas nigerianas en el poder quizás no se han dado cuenta todavía de que el futuro de África no está en el petróleo, sino en las energías renovables<sup>36</sup>, y puede que estén considerando la adhesión con la ilusión de que la pertenencia al TCE ayudaría al país a atraer inversiones extranjeras –incluso de inversores de la UE– en su sector petrolero.

---

<sup>32</sup> “Statement on the Modernisation of the Energy Charter Treaty,” Anna Cavazzini (sitio web), Anna Cavazzini, 3 de noviembre de 2020, <https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty>.

<sup>33</sup> Frédéric Simon, “France Puts EU Withdrawal from Energy Charter Treaty on the Table,” *Euractiv*, 3 de febrero de 2021, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table>.

<sup>34</sup> Pia Eberhardt y Cecilia Olivet, *Silent Expansion: Will the World’s Most Dangerous Investment Treaty Take the Global South Hostage?* (Bruselas, Amsterdam y Kampala: The Transnational Institute, Corporate Europe Observatory y Southern and Eastern Africa Trade Information and Negotiations Institute, abril de 2020), [https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect\\_silent\\_expansion.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect_silent_expansion.pdf).

<sup>35</sup> Perrine Toledano, Martin Dietrich Brauch, Tehtena Mebratu-Tsegaye y Francisco Javier Pardinás Favela, *Equipping the Nigerian National Petroleum Corporation for the Low-Carbon Transition: How Are Other National Oil Companies Adapting?* (New York: CCSI, septiembre de 2020), <http://ccsi.columbia.edu/files/2020/09/CCSI-NNPC-Nigerian-National-Petroleum-Corporation-Low-Carbon-Transition-rev.pdf>.

<sup>36</sup> Manish Ram, Dmitrii Bogdanov, Arman Aghahosseini, Ashish Gulagi, Solomon A. Oyewo, Michael Child, Upeksha Caldera, Kristina Sadovskaia, Javier Farfan, Larissa S.N.S. Barbosa, Mahdi Fasihi, Siavash Khalili, Bernhard Dalheimer, Georg Gruber, Thure Traber, Felix De Caluwe, Hans-Josef Fell, and Christian Breyer, *Global Energy System Based On 100% Renewable Energy: Power, Heat, Transport and Desalination Sectors* (Lappeenranta y Berlín: LUT University y Energy Watch Group, abril de 2019), [http://energywatchgroup.org/wp-content/uploads/EWG\\_LUT\\_100RE\\_All\\_Sectors\\_Global\\_Report\\_2019.pdf](http://energywatchgroup.org/wp-content/uploads/EWG_LUT_100RE_All_Sectors_Global_Report_2019.pdf).

Y no sería así<sup>37</sup>. Peor aún, tras la eventual adhesión de Nigeria al TCE, los inversores extranjeros de los miembros del TCE en la industria petrolera de Nigeria se beneficiarían de las protecciones del tratado de la vieja generación, tendiendo a dificultar y encarecer la transición del país a la disminución de las emisiones de carbono como resultado de las amenazas y los casos de ISDS. Con la retirada de los grandes actores de la UE, la adhesión al TCE sería menos atractiva y más difícil de justificar para el gobierno nigeriano.

La retirada está permitida en virtud del artículo 47 del TCE, y tiene efecto un año después de la fecha de recepción de la notificación de denuncia por el depositario del tratado<sup>38</sup>. Las inversiones en energía realizadas por inversores de la UE en otros miembros del TCE o por inversores de miembros del TCE en la UE dejarán de estar protegidas por el TCE una vez que la retirada surta efecto. Los nuevos inversores no tendrían acceso al mecanismo ISDS del TCE para proteger sus inversiones posteriores a la retirada, lo que reduciría significativamente el riesgo de casos ISDS contra los Estados miembros de la UE.

Sin embargo, en virtud del artículo 47(3) del TCE –la llamada cláusula de supervivencia– durante 20 años a partir de la fecha efectiva de la retirada de los Estados miembros de la UE del TCE, el tratado seguiría aplicándose a las inversiones existentes de la UE en otros Estados miembros del TCE, y a las inversiones existentes realizadas por los inversores de otros Estados miembros del TCE en la UE<sup>39</sup>.

Nunca se insistirá lo suficiente en lo absurdo de la cláusula de supervivencia: durante las dos décadas, un tiempo que es crucial para la transición energética mundial y que casi se solapa con el plazo de neutralidad climática de la UE para 2050, los miembros del TCE seguirían pudiendo impugnar y pedir compensaciones por las políticas climáticas de la UE y sus Estados miembros, y las inversiones existentes de la UE en el extranjero seguirían pudiendo impugnar las políticas de los miembros del TCE no pertenecientes a la UE. Además, si los miembros destacados del TCE reforman el tratado después de la retirada de la UE, para bien o para mal, cualquier enmienda no se aplicaría a los Estados miembros de la UE, ya que nunca habrían firmado o ratificado dichas enmiendas; la retirada significaría, por tanto, la supervivencia, para la UE, del tratado no reformado.

Mientras se retiran, los Estados miembros de la UE podrían intentar negociar la no aplicación de la cláusula de extinción, pero estarían sujetos a ella a menos que todos los demás miembros del TCE acordaran eximirlos de la aplicación de la cláusula.

Pero la situación sería diferente entre los Estados miembros de la UE que se retiran. Al retirarse conjuntamente, podrían celebrar un acuerdo inter se en virtud del artículo 41 de la CVDT para neutralizar el efecto de la cláusula de supervivencia del TCE entre ellos<sup>40</sup>. El acuerdo prohibiría el inicio de disputas ISDS basadas en el TCE, iniciadas por un inversor de un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro de la UE. Teniendo en cuenta que estos litigios intracomunitarios representan 80 de los 135 casos basados en el TCE iniciados hasta la fecha, la posibilidad de una retirada de la UE combinada con un acuerdo inter se que neutralice la cláusula de supervivencia podría reducir sustancialmente los riesgos que el arbitraje basado en el TCE supone para la acción climática. Si se sumaran los Estados de fuera de la UE que no se retiran, el acuerdo tendría un impacto positivo aún mayor.

---

<sup>37</sup> Flues, Eberhardt y Olivet, *Busting the Myths Around the Energy Charter Treaty*.

<sup>38</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, Art. 41.

<sup>39</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, Art. 47(3).

<sup>40</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Art. 41.

## ¿Debe la UE acabar con el TCE?

Dados los riesgos del TCE y su impacto negativo en la política climática y en los presupuestos públicos, su falta de capacidad para atraer inversiones extranjeras sostenibles y respetuosas con el clima<sup>41</sup>, y su percepción negativa por parte de la sociedad civil, la UE debería trabajar para que sus socios se sumen a la idea de ponerle fin<sup>42</sup>. Los esfuerzos actuales de la UE por renegociar el tratado –con escasas probabilidades de éxito– serían más valiosos si se emplearan para ponerle fin.

Si, por ejemplo, la dependencia del carbón de Japón es lo que alimenta su oposición a una reforma del TCE respetuosa con el clima<sup>43</sup>, la UE podría dar un respiro a sus negociadores de comercio e inversión y traer a expertos en política energética para que expongan sus argumentos contra la dependencia de combustibles fósiles. No sólo tiene sentido desde el punto de vista medioambiental y climático abandonar el carbón, el petróleo y el gas, y dejar de protegerlos en el marco del derecho internacional de las inversiones, sino también desde el punto de vista económico. La UE lo sabe<sup>44</sup>, y a todos nos convendría compartirlo con los socios del TCE.

A falta de una disposición de rescisión en el TCE, su terminación requiere “el consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados firmantes”<sup>45</sup>. Dado que, en última instancia, la terminación, al igual que la enmienda, no está bajo el control de la UE, la siguiente mejor estrategia de la Unión sería retirarse del TCE y neutralizar la cláusula de supervivencia a través de un acuerdo interse, al que los Estados que se retiren de la UE podrían adherirse.

Dicho esto, la gran ventaja de la terminación sería que los socios negociadores empezaran de cero, planteando primero la pregunta fundamental: ¿Cómo puede el derecho internacional ayudar a nuestros países a eliminar gradualmente las inversiones en combustibles fósiles, aumentar la inversión en energía baja en carbono y promover una transición justa, en línea con el Acuerdo de París y la meta del ODS 7.1 de “garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos” para 2030<sup>46</sup>? Las disposiciones fundamentales del modelo de Tratado de Inversión Sostenible para la Mitigación y la Adaptación al Cambio Climático<sup>47</sup>, la idea de una Convención Marco sobre Inversión y Desarrollo Sostenible, y otras ideas académicas aquí<sup>48</sup> y allá<sup>49</sup> ofrecen algunas respuestas. (Alerta de

---

<sup>41</sup> Joachim Pohl, “Costos y Beneficios para la Sociedad de los Acuerdos Internacionales de Inversión: Análisis Crítico de Ciertos Aspectos y de los Datos Empíricos Disponibles,” *OECD Working Papers on International Investment* 2018/01 (París: OECD Publishing, enero de 2018), [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion\\_3d753f20-es](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion_3d753f20-es).

<sup>42</sup> Tania Voon, “Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía: ¿Por Qué no Terminarlo?”, *Investment Treaty News* 10, no. 4 (octubre de 2019), <https://www.iisd.org/itn/es/2019/10/02/modernizing-the-energy-charter-treaty-what-about-termination-tania-voon>.

<sup>43</sup> Aaron Sheldrick, “Japan’s Climate Change Efforts Hindered by Biased Business Lobby: Study”, *Reuters*, 5 de agosto de 2020, <https://www.reuters.com/article/us-climate-change-japan-coal/japans-climate-change-efforts-hindered-by-biased-business-lobby-study-idUSKCN2511G4>.

<sup>44</sup> Dan Jørgensen y Andrea Meza Murillo, “We Have Set an End Date for Oil and Gas Production. The World Should Follow,” *Climate Home News*, 12 de diciembre de 2020, <https://www.climatechangenews.com/2020/12/12/set-end-date-oil-gas-production-world-follow>.

<sup>45</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Art. 54(b).

<sup>46</sup> “Goal 7,” Sustainable Development (sitio web), Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, acceso en 12 de febrero de 2021, <https://sdgs.un.org/goals/goal7>.

<sup>47</sup> The Creative Disrupters, *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation*.

<sup>48</sup> Brauch, “Reforming International Investment Law for Climate Change Goals,” in *Research Handbook on Climate Finance and Investment*.

<sup>49</sup> Lise Johnson, Lisa Sachs y Nathan Lobel, “Aligning Investment Treaties with Sustainable Development,” *Columbia Journal of Transnational Law* 58, 58, <https://www.jtl.columbia.edu/journal-articles/aligning-international-investment-agreements-with-the-sustainable-development-goals>.

spoiler: las protecciones a la inversión de la vieja generación y los mecanismos para resolver las disputas entre los inversores extranjeros y los Estados anfitriones, ya sea mediante arbitraje o adjudicación internacional, no son la respuesta).