



Transición energética y arbitraje de inversiones: tensiones estructurales entre protección internacional y acción climática estatal^(*)

Energy transition and investment arbitration: structural tensions between international protection and state climate action

Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas^()**

Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)

Lidia Alexandra Gallardo Vera^(*)**

Universidad Nacional de Trujillo (Trujillo, Perú)

Resumen:

La transición energética ha intensificado la discusión sobre la relación entre el régimen internacional de protección de inversiones y las políticas climáticas adoptadas por los Estados. En particular, cuando estas políticas buscan reducir o eliminar progresivamente actividades intensivas en carbono, pueden incidir sobre inversiones protegidas por tratados internacionales. En ese contexto, el artículo examina en qué medida la interpretación contemporánea de los estándares sustantivos del derecho internacional de las inversiones, especialmente el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta, incide en la eventual responsabilidad internacional del Estado ante tribunales arbitrales por medidas de transición energética.

La investigación adopta un enfoque jurídico - dogmático y analítico basado en el examen de doctrina especializada y jurisprudencia arbitral relevante. A partir de este análisis, se sostiene que la eventual responsabilidad estatal no depende únicamente de la existencia de un cambio regulatorio, sino de la forma en que dicho cambio interactúa con las expectativas legítimas del inversor, el contexto regulatorio del sector energético y la finalidad pública perseguida por la medida. En consecuencia, el análisis de este tipo de controversias exige una interpretación contextualizada de los estándares tradicionales de protección de inversiones.

Palabras clave: Transición Energética - Trato Justo y Equitativo - Expropiación Indirecta - Políticas Climáticas - Responsabilidad Internacional del Estado - Sector Energético - Arbitraje de Inversiones - Perú

Abstract: The energy transition has intensified the discussion on the relationship between the international investment protection regime and the climate policies adopted by States. In particular, when these policies aim to progressively reduce or eliminate carbon-intensive activities, they may affect investments protected under international

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de enero de 2026 y su publicación fue aprobada el 14 de febrero de 2026.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Dirección en Gestión de Proyectos por la Universidad Rey Juan Carlos. Árbitro y profesor del curso de MARC'S en la Universidad Científica del Sur. Egresado de la Maestría en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-3369-3259>. Correo electrónico: rfreitas@cientifica.edu.pe.

(***) Estudiante de pregrado en la Universidad Nacional de Trujillo, miembro de la Delegación Oficial de Arbitraje: Arbitra UNT. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3443-1266>. Correo electrónico: t1450600121@unitru.edu.pe.



treaties. In this context, the article examines the extent to which the contemporary interpretation of the substantive standards of international investment law, especially fair and equitable treatment and indirect expropriation, affects the potential international responsibility of States before arbitral tribunals in disputes arising from energy transition measures.

The research adopts a doctrinal and analytical legal approach based on the examination of specialized scholarship and relevant arbitral jurisprudence. From this analysis, it is argued that potential State responsibility does not depend solely on the existence of a regulatory change, but also on how such change interacts with the investor's legitimate expectations, the regulatory context of the energy sector, and the public purpose pursued by the measure. Consequently, the analysis of these disputes requires a contextualized interpretation of the traditional standards of investment protection.

Keywords: Energy Transition - Fair and Equitable Treatment - Indirect Expropriation - Climate Policies - International State Responsibility - Energy Sector - Investment Arbitration - Peru

1. Introducción

Durante la última década, delimitada a partir de 2015 por la adopción del Acuerdo de París y de la Agenda 2030, la disputa frente al cambio climático se ha transformado, dejando de ser únicamente una discusión política o académica y convirtiéndose en un motor clave para modificar los sistemas energéticos a nivel global, en tanto dichos instrumentos consolidaron la transición hacia modelos bajos en carbono como parte de la agenda climática y energética internacional (Cameron et al., 2021).

La transición energética es un proceso que va más allá de una simple transformación tecnológica o de la incorporación de nuevas fuentes de energía, pues conlleva “cambios en la composición de la canasta energética y en los hábitos de los consumidores” (Vives & Millán, 1999, p. 15).

Desde esa perspectiva, el desafío no se limita a sustituir una fuente energética por otra; sino que, la reestructuración requiere un “cambio de paradigma fundamental” que permita “asegurar que la política nacional en todos los sectores sea coherente con los objetivos climáticos” (Schmitz et al., 2026. p.202).

Cada vez es más común en varios países la implementación de acciones con el objetivo de disminuir las emisiones, fomentar las energías renovables o restringir ciertas actividades extractivas. No obstante, estas decisiones no se toman sin tener en cuenta el contexto jurídico. Numerosas inversiones que funcionan en el sector energético están amparadas por acuerdos internacionales de inversión que determinan normas concretas de protección para los inversores foráneos.

En este escenario, el sector energético tiene una posición especialmente importante dentro del sistema de arbitraje

internacional de inversiones. Este fenómeno no es accidental. Los proyectos de energía, por lo general, necesitan inversiones enormes, abarcan extensos periodos de tiempo y están condicionados al marco regulatorio del país anfitrión.

Cualquier cambio en el marco normativo puede impactar la estabilidad económica bajo la cual se llevaron a cabo estas inversiones debido a estas particularidades. Por lo tanto, las acciones tomadas por los gobiernos para reconfigurar sus políticas de energía, por ejemplo, suprimir subsidios, cambiar los sistemas de incentivos o establecer nuevas restricciones regulatorias, han empezado a provocar un aumento en la cantidad de disputas arbitrales abiertas por inversores foráneos.

Es en este momento cuando surge el principal problema jurídico que es la razón de ser del estudio actual. En última instancia, lo que se manifiesta es una tensión estructural entre dos metas que el derecho internacional moderno considera legítimas.

Por un lado, el sistema internacional de protección a las inversiones persigue brindar protección legal a los inversores foráneos, disminuyendo los riesgos políticos relacionados con proyectos de gran magnitud y larga duración. Este objetivo responde a la necesidad de promover los flujos de inversión internacional que ayuden al crecimiento económico.

En otro orden de cosas, los Estados tienen el deber de conservar la autoridad soberana para tomar medidas regulatorias que protejan intereses públicos fundamentales. La protección del medioambiente y la observancia de compromisos internacionales para atenuar el cambio climático se representa en dos ejemplos importantes de estos intereses, que hoy en día ocupan un lugar central.

Se hace particularmente evidente esta tensión cuando los planes de transición energética impactan en las inversiones que ya se habían establecido. En estos casos, es habitual que los inversores argumenten que las regulaciones recientes infringen principios esenciales del derecho internacional de inversiones, como el trato justo y equitativo o la prohibición de apropiación indirecta,



al percibir que las condiciones regulatorias bajo las cuales hicieron su inversión han cambiado de forma inesperada o excesiva.

Por otra parte, a partir del punto de la óptica del Estado, es inevitable actualizar su política energética para adaptarse a nuevos requerimientos económicos y ambientales. Así, los tribunales arbitrales se enfrentan al reto de determinar el grado en que las modificaciones normativas vinculadas a la transición energética pueden dar lugar a responsabilidad internacional del Estado.

A partir de esta situación, se plantea la siguiente pregunta que guía el presente estudio: ¿Hasta qué punto la interpretación contemporánea de los esquemas sustantivos del derecho internacional de las inversiones afecta la eventual responsabilidad internacional del Estado en relación con las acciones regulatorias tomadas durante la transición energética?

Este artículo tiene como propósito analizar la manera en que el sistema jurídico arbitral internacional de inversiones enfrenta las disputas que surgen a partir de las políticas vinculadas con la transición energética. Específicamente, el objetivo es analizar cómo los tribunales arbitrales interpretan las normas convencionales del derecho internacional de inversiones, en particular la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo, cuando los planes del gobierno se orientan hacia metas de política climática.

La hipótesis que dirige este estudio afirma que la eventual responsabilidad internacional del Estado no se basa solo en la existencia de una modificación regulatoria que impacte a una inversión extranjera.

Más bien, depende de cómo la modificación se vincula con tres componentes esenciales: el marco regulatorio del sector energético, las expectativas legítimas del inversor y el objetivo público que busca la medida estatal. Por lo tanto, para analizar este tipo de controversias es necesario interpretar los estándares convencionales de protección de inversiones en un contexto determinado.

La distribución del artículo es la siguiente. Primero, se estudia la doble racionalidad normativa que distingue al sector energético actual, caracterizada por la presencia simultánea del régimen internacional de inversiones y el régimen internacional de protección climática. Luego, se examinan los estándares sustantivos más relevantes del derecho internacional de inversiones que son oportunos para las controversias vinculadas al sector energético.

A continuación, se analizan algunas de las manifestaciones más relevantes en el arbitraje del conflicto entre la transición energética y la protección de inversiones. Los siguientes son los criterios que los tribunales de arbitraje utilizan para determinar si el Estado tiene responsabilidad internacional cuando implementa medidas regulatorias en el marco de las políticas energéticas.

El trabajo termina con una reflexión crítica acerca de los retos que la transición energética supone para el futuro del sistema de arbitraje internacional de inversiones. La transición energética, en última instancia, no es solamente un reto económico o tecnológico.

Asimismo, plantea cuestiones esenciales para el derecho internacional de inversiones, en particular respecto de la capacidad del sistema arbitral para equilibrar la protección de las inversiones foráneas con el derecho que tienen los Estados de tomar medidas normativas enfocadas en hacer frente al cambio climático.

2. La doble racionalidad normativa del sector energético

El sector energético se ha convertido en un espacio donde confluyen dos racionalidades jurídicas distintas, a saber, el régimen internacional de inversiones y el régimen climático. Esto es, mientras que el primero se orienta a garantizar estabilidad y previsibilidad para las inversiones extranjeras, el segundo promueve cambios regulatorios estructurales destinados a reconfigurar los sistemas energéticos existentes.

Comprender esta doble racionalidad resulta esencial para analizar las controversias que surgen en el arbitraje de inversiones relacionadas con políticas energéticas y climáticas.

Por esta razón, el presente apartado examina, en primer lugar, la lógica de estabilidad que caracteriza al régimen internacional de protección de inversiones y, posteriormente, la racionalidad de transformación que impulsa el régimen climático de nuestros días.

2.1. La racionalidad del régimen internacional de inversiones

2.1.1. Origen histórico y función económica del sistema

Sin pretender realizar una reconstrucción histórica exhaustiva, resulta necesario identificar los principales hitos que explican la racionalidad del régimen internacional de



protección de inversiones. Como señala Kundmüller (2008), dicho régimen se fundamenta en la concentración histórica del capital en determinados polos económicos y en grandes empresas transnacionales, cuya expansión hacia Estados con distintos niveles de consolidación institucional generó la necesidad de mecanismos jurídicos orientados a reducir el riesgo político.

Prieto (2012) ubica este proceso en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, caracterizada por la expansión de las empresas estadounidenses entre 1945 y 1960 y, posteriormente, de corporaciones europeas y japonesas entre 1960 y 1990. El aumento de los flujos de capital hacia economías en desarrollo impulsó la creación de mecanismos de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros.

Antes de la consolidación de estos instrumentos, la protección de los intereses económicos extranjeros se ejercía principalmente mediante la protección diplomática, mecanismo que, según Sánchez (2008), dependía de la actuación discrecional del Estado de nacionalidad y no otorgaba legitimación directa al inversor, por lo que la solución de las controversias quedaba condicionada por factores políticos.

El tránsito hacia una mayor sistematización fue gradual. Según la Guía de la OEA (Comité Jurídico Interamericano, 2025), sus principales antecedentes fueron los tratados de amistad, comercio y navegación, así como las comisiones mixtas de reclamaciones del siglo XIX, que consolidaron conceptos como la responsabilidad internacional, la reparación del daño y la indemnización por expropiación, posteriormente incorporados al derecho internacional económico contemporáneo.

Durante el siglo XX se impulsaron diversos proyectos de codificación multilateral, como la Carta de La Habana de 1948, el Proyecto Abs-Shawcross de 1959 y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1967, que no prosperaron por falta de consenso y tensiones políticas (Prieto, 2012). No obstante, el régimen se desarrolló principalmente mediante tratados bilaterales, tomando como referencia el acuerdo de inversiones entre Alemania y Pakistán de 1959, considerado el primer BIT moderno.

Venzke y Güntherb (2022) sostienen que este tratado no respondió únicamente a una lógica de cooperación internacional, sino también a la estrategia económica de la República Federal de Alemania en la posguerra, orientada a promover la exportación de capital mediante garantías públicas para la inversión exterior.

Ello permite afirmar que el régimen respondió, desde su origen bilateral moderno, a una racionalidad eminentemente económica, en tanto los BIT se consolidaron inicialmente como instrumentos dirigidos a reducir los riesgos políticos y jurídicos

que enfrentaban los inversionistas de los Estados exportadores de capital, antes que como simples expresiones de cooperación interestatal.

2.1.2. Protección en sectores estratégicos

La expansión bilateral descrita en el apartado anterior no solo multiplicó instrumentos jurídicos, sino que configuró paulatinamente una estructura funcional del régimen internacional de inversiones.

Ante ello, Prieto (2012) manifestó que, los reiterados intentos de codificación multilateral contrastaron con el rápido desarrollo de tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI), fenómeno que terminó consolidando un sistema predominantemente articulado a través de acuerdos interestatales.

En cuanto a su organización, el régimen internacional de inversiones suele presentarse en dos planos que, de acuerdo con el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF, 2013), consiste en:

- En primer lugar, se encuentran los Acuerdos Internacionales de Inversión (en adelante, AII) celebrados entre Estados, categoría que comprende tanto los tratados bilaterales de inversión (APPRI/TBI) como los capítulos de inversión en tratados de libre comercio y, en ciertos casos, instrumentos regionales con disciplina inversora.
- Dicho organismo tiende a organizarse alrededor de tres ejes funcionales, a saber, el ámbito de aplicación, donde se especifican las definiciones de “inversión” e “inversionista” y condiciones de cobertura; compromisos de trato que estructuran el estándar de protección y la conducta estatal exigible; y mecanismos de solución de controversias, tanto Estado - Estado como, de modo distintivo, inversionista – Estado (en adelante, ISDS).
- En segundo lugar, el sistema cuenta con instrumentos suscritos directamente entre el Estado y un inversionista específico, por ejemplo, contratos de inversión, concesiones o convenios de estabilidad jurídica, que pueden incorporar cláusulas arbitrales internacionales o remisiones a reglas institucionales para la resolución de disputas y que, pese a las garantías



brindadas, no constituyen una naturaleza convencional interestatal.

En este punto, conviene precisar que, según los datos actualizados de UNCTAD (2026), actualmente existen 2,864 TBI, de los cuales 2,242 están en rigor, y 518 tratados con disposiciones sobre inversión (TIP), de los cuales 417 están en vigor; lo que ha configurado una extensa red de tratados que articula la protección jurídica de la inversión extranjera en múltiples sectores económicos.

Ello se explica por el tipo de actividades en las que suele radicarse la inversión extranjera protegida; esto es, como se rescata de toda la doctrina revisada, en sectores intensivos en capital, fuertemente regulados, como la energía, la minería, la infraestructura y los servicios públicos.

En el ámbito latinoamericano, la incorporación de disciplinas de inversión en procesos de integración económica ha seguido trayectorias diversas. Como advierte Prieto (2012), instrumentos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, NAFTA), la normativa de la Comunidad Andina, especialmente las Decisiones 24, 220 y 291, y los protocolos de promoción y protección de inversiones del Mercosur, constituyen ejemplos relevantes de cómo los acuerdos regionales han reproducido, con distinto alcance, los mecanismos de protección y solución de controversias característicos del régimen internacional de inversiones.

Desde una perspectiva más amplia, el Comité Jurídico Interamericano (2025) ha recopilado diversos ejemplos de instrumentos regionales que incorporan disposiciones sobre inversión en distintas partes del mundo. En América, el NAFTA y su sucesor, el T-MEC, constituyen referencias relevantes por el diseño de reglas aplicables a controversias inversionista-Estado, mientras que el CAFTA-DR incluye un capítulo de inversión que habilita el acceso del inversionista al arbitraje internacional.

Fuera de la región, el Comité Jurídico Interamericano (2025) identifica otros instrumentos tales como, en Asia, el ACIA (ASEAN) y el RCEP integran disposiciones de inversión dentro de esquemas de liberalización e integración económica; en África, se mencionan iniciativas como el Protocolo de Inversión de la SADC y el Código Panafricano de Inversiones orientadas a armonización y desarrollo regional; y en Europa, el Tratado de Lisboa atribuyó a la Unión Europea competencia en inversión extranjera directa, habilitando la negociación de acuerdos en nombre de los Estados miembros.

En esa misma línea, se han desarrollado instrumentos especializados orientados a sectores económicos concretos. Entre ellos destaca el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), considerado el principal acuerdo multilateral dedicado específicamente a la protección de inversiones en el sector energético.

Dentro del régimen internacional de protección de inversiones, el TCE constituye el principal instrumento multilateral específicamente orientado al sector energético.

Mientras que la proliferación de tratados bilaterales de inversión desde finales de la década de 1950 consolidó un esquema general de protección frente al riesgo político que enfrentan los inversionistas extranjeros (Prieto, 2012), el TCE introdujo un marco jurídico sectorial destinado a inversiones vinculadas con actividades económicas del sector energético, configurando así un espacio especializado dentro del derecho internacional de inversiones (Vorburger & Petti, 2018).

La doctrina revisada, de la mano de Rowe (2024), nos permite advertir que, el origen del tratado se vincula con la reorganización del sistema energético europeo tras el final de la Guerra Fría, donde la apertura económica de los países de Europa central y oriental generó la necesidad de modernizar infraestructuras energéticas mediante capital, tecnología y experiencia empresarial provenientes del exterior.

En ese contexto se promovió la creación de un instrumento que facilitara la cooperación energética y ofreciera garantías jurídicas a la inversión extranjera, siendo su antecedente inmediato la Carta Europea de la Energía de 1991, cuyos principios programáticos sirvieron de base para la negociación del tratado firmado en Lisboa en 1994 y vigente desde 1998.

Por ende, desde el punto de vista normativo, el TCE contiene disposiciones relativas al comercio de materiales y productos energéticos, al régimen de protección de inversiones y a diversas cuestiones sectoriales vinculadas con la soberanía sobre los recursos energéticos, aspectos ambientales y materias tributarias, siendo que, dentro de esta arquitectura, la Parte III establece el núcleo del régimen aplicable a las inversiones (Vorburger & Petti, 2018).

En particular, el artículo 10(1) dispone que las Partes Contratantes deberán promover condiciones estables, transparentes y equitativas para las inversiones de inversores



de otros Estados parte, incorporando estándares sustantivos característicos del derecho internacional de inversiones, entre ellos el trato justo y equitativo, la protección y seguridad constantes, la prohibición de medidas irrazonables o discriminatorias y la obligación de respetar compromisos asumidos frente a inversionistas; exigiéndose estas obligaciones a la luz del mecanismo arbitral previsto en el artículo 26 del tratado (Pearsall et al., 2023).

En cuanto al objeto protegido, la doctrina permite observar que el tratado adopta una noción amplia de inversión, que comprende diversas formas de participación económica del inversor, incluyendo activos tangibles e intangibles, participaciones societarias, derechos de crédito, relaciones contractuales con contenido patrimonial y autorizaciones otorgadas conforme al derecho interno.

No obstante, la protección se vincula con inversiones relacionadas con actividades del sector energético, concepto interpretado de forma extensiva para abarcar distintas etapas de la cadena energética, tales como exploración, extracción, producción, transporte, transmisión, distribución y comercialización (Vorbürger & Petti, 2018). Por ello, el tratado puede aplicarse tanto a inversiones vinculadas con hidrocarburos como a proyectos asociados al desarrollo de energías renovables (Rowe, 2024).

Con todo, en los últimos años, el TCE ganó visibilidad en la discusión sobre transición energética, particularmente por lo que la literatura ha denominado *regulatory chill*, que, a su vez, se traduce en la posibilidad de que la expectativa de litigios ISDS influya en la oportunidad o intensidad de ciertas regulaciones de interés público.

En ese marco, diversos Estados europeos comenzaron a cuestionar la relación entre el tratado y determinadas estrategias de descarbonización, lo que condujo a un proceso político que culminó con la notificación de retirada de la Unión Europea del TCE el 30 de mayo de 2024 (Consejo Europeo, 2024).

Lo anterior conllevó a que se impulse con mayor énfasis un proceso de reforma del tratado destinado a actualizar su contenido normativo; y como resultado, el 03 de diciembre de 2024, la Conferencia sobre la Carta de la Energía aprobó un paquete de enmiendas cuya aplicación provisional se proyectó a partir de septiembre de 2025, sujeto a los procesos de ratificación correspondientes (CIAR, 2024).

Entre los cambios descritos, y pese a las críticas todavía existentes sobre su efectividad, Turner (2025) destaca los siguientes: (i) un esquema de exclusión progresiva de ciertas inversiones en combustibles fósiles para algunas Partes, (ii) la incorporación expresa de una regla para inaplicabilidad del ISDS intracomunitario y (iii) ajustes sustantivos que precisan el contenido del TJE y la expropiación indirecta, además de previsiones

sobre derecho a regular y modificaciones procedimentales, tales como, la transparencia, financiación por terceros y costas.

No obstante, Pearsall et al. (2023) destacan que el TCE, aún antes de su modernización, brindaba protecciones importantes para las actividades relacionadas con energías renovables, lo que podría contribuir al logro de una transición energética a través de la atracción de inversores en ese rubro.

Con todo ello, resulta evidente que, el TCE junto a sus enmiendas constituye un punto de referencia relevante para evidenciar cómo las situación política y económica de un Estado puede influenciar en el aspecto normativo.

2.2. La racionalidad de transformación en el régimen climático

El régimen climático actual se estructura a partir de un diagnóstico sobre el origen del calentamiento global y las actividades que más impactan en este y en el desarrollo de la vida de los seres humanos.

Frente a ello, Lehmann (2025) explica que la energía constituye una infraestructura esencial para el funcionamiento de las economías modernas, ya que sostiene actividades básicas como el transporte, la producción industrial, la generación eléctrica y el funcionamiento de los servicios; siendo que los combustibles fósiles continúan representando más del 84,3 % del consumo energético global, mientras que la electricidad, que constituye aproximadamente una quinta parte del consumo final de energía, se produce todavía en gran medida a partir de fuentes fósiles.

No obstante, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, 2018) ha señalado que el aumento sostenido de la temperatura media del planeta responde principalmente a emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, derivadas en gran medida del uso de combustibles fósiles en el sector energético.

De este modo, en aras de alcanzar dicha transición, en el marco jurídico internacional se consolidó la adopción del Acuerdo de París de 2015, considerado uno de los pilares más fundamentales del régimen climático contemporáneo.



De acuerdo con Barker y Martin (2023), el tratado establece el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media global muy por debajo de 2 °C respecto de los niveles preindustriales, procurando además limitarlo a 1,5 °C; y, para avanzar hacia esa meta, introduce un sistema de compromisos climáticos mediante las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC), a través de las cuales los Estados definen sus planes de reducción de emisiones y adaptación al cambio climático.

La estructura del Acuerdo de París se articula como un régimen de obligaciones de conducta reforzadas y de progresividad. Así, por ejemplo, el artículo 4 dispone que cada Parte prepare, comunique y mantenga sus NDC, y que estas sean sucesivas y progresivas, reflejando la mayor ambición posible; el artículo 13 organiza un sistema de transparencia basado en información periódica y revisión técnica para dar seguimiento al cumplimiento y a los avances; y el artículo 14 establece el balance mundial como instancia periódica de evaluación colectiva destinada a orientar el aumento de ambición (UNFCCC, 2015). Todo ello refleja que la transición climática requiere de un trabajo permanente e interconectado entre los distintos niveles de gobernanza internacional.

La implementación de este marco internacional, como indican Von Kumburg y Crow (2022), ha llevado a que los Estados adopten instrumentos económicos y regulatorios orientados a la reducción de emisiones, entre ellos sistemas de comercio de emisiones, como el Régimen Europeo de Comercio de Emisiones (EU ETS), impuestos al carbono y mecanismos de incentivo dirigidos al desarrollo de tecnologías energéticas bajas en carbono.

En esa misma línea, Bonafé (2021) destaca particularmente el uso de subastas de energías renovables como instrumento regulatorio destinado a promover la participación de tecnologías limpias en el sector eléctrico y atraer inversión privada hacia proyectos de generación baja en carbono.

Aunado a lo anterior, la UNCTAD (2022) ha destacado dos desarrollos relevantes en la interacción entre política climática y régimen internacional de inversiones.

En primer término, en 2022, donde junto con el International Institute for Environment and Development (IIED), la UNCTAD organizó un taller en el que funcionarios y expertos analizaron la relación entre los acuerdos internacionales de inversión y la acción climática, concluyendo que dichos instrumentos no deben obstaculizar la adopción de políticas climáticas ni la transición hacia economías bajas en carbono.

Paralelamente, este proceso de adaptación normativa también se reflejó en la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, que, como se analizó líneas arriba, ya fue aprobada e introduce ajustes en las definiciones del tratado, en las reglas de protección de inversiones y en el

mecanismo ISDS, además de incorporar referencias al desarrollo sostenible y excluir las controversias intra-UE.

Como se observa, estas medidas forman parte de una transformación más amplia del sistema energético mundial, en la que la reducción de emisiones implica redirigir grandes flujos de inversión hacia infraestructura energética, movilidad sostenible y tecnologías de baja emisión, con necesidades de financiamiento que se calculan en grandes cantidades de dólares cada año para cumplir las metas climáticas planteadas a nivel internacional.

De esta manera, la transición energética no solo plantea desafíos ambientales, sino nuevas disyuntivas a nivel jurídico en torno a la protección de inversiones y el régimen regulatorio de cada Estado, cuestiones que sirven de base para el análisis desarrollado en los apartados siguientes.

3. Estándares protegidos en el arbitraje de inversiones

El análisis de la responsabilidad estatal en el arbitraje de inversiones exige examinar los estándares sustantivos de protección previstos en los AI, pues es a través de estas cláusulas que los tribunales determinan si una medida estatal constituye o no una violación del tratado.

Dado que el catálogo de protecciones previstas en los AI es amplio, incluyendo, entre otras, trato nacional, cláusulas de nación más favorecida, protección y seguridad plenas o libre transferencia de capitales, este apartado no pretende abordar exhaustivamente todas ellas.

El objetivo consiste más bien en delimitar los alcances dogmáticos de algunos de los estándares que con mayor frecuencia estructuran la imputación de responsabilidad, con especial atención al trato justo y equitativo (en adelante, TJE) y a la expropiación indirecta; debido a que, conforme a lo revisado en la doctrina, suelen ser las bases más habituales de reclamación en controversias entre inversionistas y Estados.

A partir de esta delimitación, el análisis se desarrollará en dos apartados. En primer



lugar, se examinará el contenido jurídico del estándar de trato justo y equitativo, prestando especial atención a la noción de expectativas legítimas del inversor y, en segundo lugar, se abordará la protección frente a la expropiación, en particular la expropiación indirecta, cuya delimitación plantea la dificultad de distinguir entre la privación sustancial de una inversión y el ejercicio legítimo del poder regulatorio estatal.

3.1. Trato Justo y Equitativo (TEJ o FET)

El TJE o *fair and equitable treatment* (FET), constituye uno de los estándares sustantivos más invocados ante tribunales estatales en virtud del surgimiento de cambios de regulación que afectan las inversiones extranjeras (Barker & Martin, 2023).

En términos funcionales, de la doctrina se puede concluir que el estándar busca asegurar que el Estado receptor no someta la inversión extranjera a un tratamiento incompatible con exigencias básicas de justicia, racionalidad, consistencia y buena fe.

Su antecedente más importante se encuentra en el estándar mínimo internacional de trato a los extranjeros, formulado clásicamente en el caso *Neer and Pauline Neer* (U.S.A.) v. *United Mexican States* de 1926. En ese precedente, la responsabilidad internacional del Estado quedó asociada a un umbral severo y restrictivo, pues el trato debía equivaler a un “ultraje, mala fe, negligencia deliberada” o a una actuación estatal manifiestamente inferior a los estándares internacionales (Reinisch & Schreuer, 2020, párr. 279).

Con posterioridad, la cláusula de TJE adquirió autonomía y centralidad en los tratados de inversión. Según Lascu (2019), su consolidación se produjo con su incorporación en instrumentos como el artículo 1105 del *North American Free Trade Agreement* (en adelante, NAFTA), el artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía y numerosos tratados bilaterales de inversión.

Sobre esa base convencional, la jurisprudencia arbitral comenzó a precisar el contenido del estándar. En ese contexto, *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* mostró que el TJE no se agotaba en el umbral estricto de *Neer*. La controversia surgió por el régimen canadiense de cuotas para la exportación de madera blanda hacia Estados Unidos. Sin embargo, lo relevante no fue el régimen en sí, sino la forma en que la administración actuó durante el procedimiento de revisión aplicado al inversionista.

Según Dumberry (2013), el tribunal no condenó a Canadá por el régimen de cuotas de exportación de madera blanda en sí mismo, sino por la forma en que la administración condujo el procedimiento de revisión frente al inversionista. En concreto, se cuestionaron amenazas, negativa injustificada de información, exigencias documentales excesivas y tergiversaciones ante la autoridad competente. Por ello, el tribunal calificó ese episodio como una “denegación del trato justo” exigido por instrumentos como el artículo 1105 del NAFTA (p.236).

En este sentido, dicha evolución jurisprudencial evidencia que el contenido del TJE adquiere contornos más precisos mediante el análisis de las conductas estatales examinadas en cada controversia.

Desde una perspectiva dogmática, Pastor (2006) sostiene que el TJE opera como un concepto jurídico indeterminado, debido a que el tratado no enumera de manera cerrada todas las conductas estatales prohibidas, sino que emplea una fórmula abierta que debe concretarse en cada caso.

Precisamente por ello, el autor distingue entre un núcleo de certeza del estándar y un halo de incertidumbre que solo puede precisarse a través de la interpretación y de su aplicación a controversias concretas. En esa misma línea, añade que el TJE es una obligación autónoma, debido que no depende de comparar el trato recibido por el inversor extranjero con el dispensado a nacionales o a terceros Estados, sino de valorar directamente si la conducta estatal satisface el estándar pactado.

En cuanto a su fundamento, dicho autor explica que una de las discusiones clásicas consiste en determinar si el TJE se limita a reproducir el estándar mínimo internacional de trato derivado de la costumbre o si, por el contrario, establece una protección convencional adicional.

Para el autor, aun cuando la cláusula pueda proyectarse más allá del mínimo consuetudinario, siempre existe al menos un umbral básico de protección exigible conforme al derecho internacional general. Dicho de otro modo, el tratado puede ampliar la protección, pero no rebajarla por debajo de ese mínimo.

Ante ello, cabe precisar que, la práctica arbitral ha sido decisiva para concretar el contenido del estándar; de tal modo que, como señalan Monti y Fermeiglia (2024), los tribunales suelen asociar el TJE con supuestos como la arbitrariedad, la falta de transparencia, la denegación de justicia, la violación del debido proceso y la frustración de expectativas legítimas.

De este modo, uno de los aspectos que ha adquirido mayor relevancia en la evolución



de este estándar es la tutela de las expectativas legítimas del inversor, debido a que, a través de esta se permite determinar si la actuación estatal desarticuló de manera repentina el entorno de seguridad jurídica y previsibilidad que sirvió de base para decidir la realización o continuidad de la inversión.

Siguiendo la clasificación de Bonnitcha, Monti y Fermeglia (2024) muestran que la jurisprudencia arbitral ha protegido expectativas derivadas de derechos legales adquiridos, de representaciones específicas del Estado, de la estabilidad del marco regulatorio y, en ciertos casos, de la estructura económica del proyecto o plan de negocios, pretendiendo con ello mostrar que la categoría no es uniforme, pues lo que se protege no siempre es lo mismo.

En una línea más concreta, Aggarwal y Kabra (2023) advierten que la jurisprudencia tampoco ha sido uniforme al determinar si la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico forman parte de las expectativas legítimas o si constituyen una garantía autónoma dentro del propio TJE. D

icha diferencia es importante, porque si la estabilidad se concibe como una obligación independiente, el inversor podría intentar fundar su reclamación sin necesidad de demostrar una representación estatal concreta.

Según Aggarwal y Kabra (2023), la jurisprudencia arbitral ha desarrollado dos métodos principales de evaluación para determinar si este tipo de cambios regulatorios vulnera el estándar de trato justo y equitativo.

El primero es la prueba del grado de cambio, el *degree of change test*; bajo el cual, el tribunal examina si la reforma regulatoria alteró de manera radical o fundamental el régimen jurídico en el que el inversor basó su decisión de invertir.

El segundo es la prueba de razonabilidad o proporcionalidad, el *reasonableness or proportionality test*. En este caso, el análisis no se centra únicamente en la magnitud del cambio, sino en su justificación regulatoria, de modo que, el tribunal evalúa si la medida responde a un objetivo legítimo de política pública, si existe una relación racional entre la medida y ese objetivo, y si la carga impuesta al inversor resulta excesiva o desproporcionada en relación con el interés público perseguido.

Consideramos que tal distinción es particularmente útil para la presente investigación, porque permite anticipar que la eventual responsabilidad estatal no dependerá únicamente de la existencia de una reforma normativa, sino también del método de valoración que adopte el tribunal arbitral.

De este modo, el TJE aparece como un estándar de gran centralidad práctica, pero también de notable complejidad, en atención a que, su estructura abierta, la discusión sobre su relación con el estándar mínimo internacional, la expansión de la categoría de expectativas legítimas y la falta de uniformidad en los test aplicables a los cambios regulatorios explican que

siga siendo uno de los principales puntos de fricción entre la protección de inversiones y el ejercicio de la potestad regulatoria estatal.

3.2. Expropiación indirecta

En términos de Barker y Martín (2023), esta forma de expropiación se configura cuando la intervención estatal genera una privación sustancial y permanente de la inversión, aun cuando la titularidad formal permanezca en manos del inversor.

A partir de esta definición, uno de los problemas centrales del estándar consiste en distinguir entre una expropiación indirecta indemnizable y el ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado.

Un antecedente temprano de esta discusión es *Ethyl Corporation v. Government of Canada* (1998). La controversia surgió por una ley canadiense que restringía la importación y el comercio interprovincial del MMT, un aditivo utilizado en combustibles. Para Ethyl, esa restricción afectaba el valor de su inversión en Canadá y la posibilidad de explotarla económicamente, pese a que conservaba formalmente sus derechos.

El punto es relevante porque el artículo 1110 del NAFTA, tratado aplicable a esa controversia, comprendía la expropiación directa, la expropiación indirecta y las medidas equivalentes a una nacionalización o expropiación. Desde ese marco, el análisis de la expropiación indirecta empezó a vincularse con los efectos reales de la intervención estatal sobre la inversión, especialmente cuando la regulación reduce de manera sustancial su uso, valor o aprovechamiento económico.

A partir de ello, la jurisprudencia arbitral ha desarrollado distintos enfoques para determinar cuándo una afectación regulatoria alcanza intensidad expropiatoria. Aggarwal y Kabra (2023) explican que, en términos generales, pueden identificarse dos grandes aproximaciones.

Por un lado, algunos tribunales han aplicado un enfoque centrado principalmente en los efectos económicos de la medida estatal, conocido como la doctrina de los *sole effects*. Bajo esta perspectiva, el elemento decisivo consiste en determinar si la



intervención estatal produce una privación sustancial del valor económico de la inversión, siendo jurídicamente irrelevante la finalidad pública de la medida.

Este enfoque ha sido desarrollado doctrinalmente en torno al criterio del efecto privativo de la medida estatal. En esa línea, Velásquez Meléndez (2013) sostiene que la expropiación indirecta solo se configura cuando la intervención pública vuelve la propiedad significativamente inútil o carente de valor económico, produciendo un resultado comparable al de la expropiación forzosa.

El autor explica que esta aproximación ha sido descrita doctrinalmente como la “doctrina del único efecto”, en la medida en que el elemento determinante para identificar una expropiación es la severidad del impacto que la medida estatal produce sobre la capacidad del inversor para utilizar o explotar su propiedad.

De esta manera, dicho criterio permite distinguir entre afectaciones patrimoniales ordinarias y privaciones equivalentes a expropiación, pues como se deduce de la doctrina, muchas medidas regulatorias pueden reducir el valor de una inversión sin eliminar completamente su utilidad económica.

En tales casos, la intervención estatal puede constituir una restricción relevante del derecho de propiedad, pero no alcanza el umbral necesario para configurar una expropiación indirecta, por lo que, el análisis decisivo consiste en determinar si la medida ha neutralizado de manera sustancial el valor económico de la inversión o si el inversor conserva todavía la posibilidad de explotarla de forma significativa.

Frente a esta aproximación centrada en los efectos económicos, la jurisprudencia arbitral también ha desarrollado una segunda línea interpretativa basada en la doctrina de los poderes de policía, según la cual, las medidas regulatorias adoptadas de buena fe, de carácter no discriminatorio y orientadas a la protección de intereses públicos legítimos, como la salud, el medio ambiente o la seguridad pública, no constituyen expropiación, aun cuando generen efectos económicos negativos para el inversor (Aggarwal y Kabra, 2023).

La coexistencia de estos enfoques refleja la dificultad de delimitar el alcance del estándar a tal punto de, en conformidad con Aggarwal y Kabra (2023), algunos tribunales han optado por aproximaciones intermedias que consideran simultáneamente la intensidad de la interferencia económica y la finalidad de la medida estatal, con el objetivo de distinguir entre regulación legítima y expropiación indirecta indemnizable.

En consonancia con esta tendencia, la literatura reciente ha destacado que la determinación de una expropiación indirecta suele implicar un análisis multifactorial. De acuerdo con Barker y Martin (2023), los tribunales arbitrales tienden a evaluar diversos elementos, entre ellos el impacto económico

de la medida, el grado en que la acción estatal interfiere con las expectativas razonables del inversor y el carácter o naturaleza de la intervención gubernamental; buscando así, evitar que cualquier regulación con efectos económicos adversos sea automáticamente considerada expropiatoria.

Desde una perspectiva más reciente, Riffel (2022) subraya que la delimitación entre regulación legítima y expropiación indirecta constituye uno de los principales desafíos del derecho internacional de las inversiones, y en respuesta a esta dificultad, varios tratados contemporáneos han incorporado criterios interpretativos destinados a reducir la incertidumbre en la aplicación del estándar, tales como el análisis del impacto económico de la medida, el grado de interferencia con los derechos de propiedad y el contexto regulatorio en el que se adopta la intervención estatal.

Precisamente, uno de los elementos más relevantes destacados por Riffel (2022) es la importancia del contexto regulatorio en el que se realiza la inversión, puesto que, los inversores desarrollan sus actividades dentro de marcos regulatorios determinados, lo que implica aceptar que las autoridades pueden modificar dichos marcos para proteger intereses públicos.

Por estos motivos, la determinación de una expropiación indirecta requiere evaluar no solo el perjuicio económico ocasionado al inversor, sino también la intensidad del impacto de la medida, su duración, su justificación pública y el contexto regulatorio en el que se adopta, de tal manera que, solo cuando la intervención estatal priva de manera sustancial al inversor del valor o del uso de su inversión puede considerarse que se ha producido una medida equivalente a expropiación.

4. Manifestaciones en la práctica de la tensión estructural

El examen de la práctica arbitral permite observar de manera concreta cómo se materializa la tensión estructural entre la potestad regulatoria del Estado y la protección internacional de las inversiones.



En el ámbito energético, especialmente en contextos de reforma regulatoria o de transición energética, los tribunales arbitrales han debido determinar hasta qué punto los cambios normativos adoptados por los Estados constituyen un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria o, por el contrario, una violación de los estándares de protección previstos en los tratados de inversión.

En este punto, conviene realizar tres precisiones. En primer lugar, la mayor parte de controversias vinculadas directamente con la transición energética aún no han producido laudos definitivos, por lo que la práctica disponible se compone tanto de decisiones consolidadas como de casos aún en evolución.

En segundo lugar, los precedentes utilizados en este apartado proceden de distintas fuentes, algunos fueron identificados a partir de bases institucionales de seguimiento de arbitraje de inversiones, especialmente el Investment Dispute Settlement Navigator de UNCTAD, y en ciertos casos se incorporan decisiones ampliamente discutidas en la doctrina antes revisada.

En tercer lugar, las controversias que se examinan a continuación no constituyen aspectos aislados, sino expresiones empíricas de la doble racionalidad normativa antes descrita.

Bajo estas consideraciones, el análisis jurisprudencial se organiza según los problemas jurídicos que cada decisión permite esclarecer.

4.1. Expectativas legítimas y estabilidad regulatoria en el sector energético

Uno de los debates más significativos dentro del arbitraje de inversiones se refiere al alcance del estándar de trato justo y equitativo (TJE) y, en particular, a la medida en que este estándar protege la estabilidad del marco regulatorio.

Un caso paradigmático en este ámbito es *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain* (CIADI, Caso N.º ARB/13/36), el cual fue identificado a partir de la práctica arbitral sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía y ha sido ampliamente analizado en la literatura especializada sobre arbitraje energético.

La controversia surgió a raíz de las reformas regulatorias adoptadas por España en 2013, que modificaron el sistema de incentivos económicos aplicable a proyectos de energía solar. Los demandantes alegaron que dichas reformas alteraron de manera sustancial el marco regulatorio sobre el cual habían estructurado sus inversiones.

En su laudo de 2017, el tribunal arbitral concluyó que España había violado el Artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía, al introducir cambios regulatorios que frustraron las expectativas legítimas del inversor; sosteniendo que, aunque los Estados conservan la facultad de modificar su legislación,

el estándar de trato justo y equitativo exige preservar las características fundamentales del régimen jurídico vigente al momento de la inversión.

Ahora bien, debe precisarse que el laudo fue posteriormente anulado por un *comité ad hoc* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) en 2020; sin embargo, ello obedeció únicamente a un conflicto de interés relacionado con la composición del tribunal (IISD, 2020); ocasionando que se haya iniciado un segundo procedimiento arbitral que, igualmente, concluyó en un resultado a favor del inversionista; por lo cual, el caso continúa siendo citado como una referencia relevante en la discusión doctrinal sobre expectativas legítimas en sectores altamente regulados.

Asimismo, es importante advertir que, pese a que el caso se refiere a energías renovables, conviene mencionarlo debido a que, responde al desarrollo efectuado sobre la reflexión general del riesgo regulatorio en el sector energético, caracterizado por inversiones intensivas en capital y horizontes de recuperación prolongados.

4.2. La crítica doctrinal al uso expansivo del TJE: la opinión disidente de Zachary Douglas

La interpretación expansiva del estándar de trato justo y equitativo no es, sin embargo, unánime dentro de la práctica arbitral. Una crítica particularmente influyente se encuentra en la opinión disidente del árbitro Zachary Douglas en el caso *Mathias Kruck y otros c. Reino de España* (CIADI, Caso ARB/15/23).

En su disidencia, Douglas cuestiona la tendencia de algunos tribunales a interpretar el TJE como una garantía general de estabilidad regulatoria. A su juicio, el estándar de trato justo y equitativo no protege expectativas comerciales abstractas ni asegura la congelación del marco regulatorio, sino únicamente aquellas expectativas que se derivan de compromisos jurídicos específicos asumidos por el Estado frente al inversor.

Desde su perspectiva, el derecho internacional de inversiones no debería transformarse en un mecanismo que impida a los Estados adaptar sus políticas regulatorias



frente a nuevas circunstancias económicas o sociales; por lo que, en sectores altamente regulados, como el energético, los inversores deben asumir necesariamente un riesgo regulatorio inherente.

Se hace especial énfasis en esta postura, en tanto resulta relevante para el análisis de la transición energética, debido a que, si se adopta una interpretación restrictiva del TJE, los tribunales tenderían a otorgar un mayor margen de actuación a los Estados cuando estos adopten reformas regulatorias orientadas a modificar el modelo energético o a introducir restricciones a determinadas actividades extractivas.

La disidencia pone de manifiesto, por tanto, que la jurisprudencia arbitral sobre expectativas legítimas se encuentra internamente dividida y, por ende, el equilibrio entre protección de inversiones y potestad regulatoria sigue siendo un terreno doctrinal en evolución.

4.3. Regulación ambiental y margen regulatorio del Estado

Una línea jurisprudencial distinta emerge en decisiones que han examinado la relación entre medidas regulatorias adoptadas con fines ambientales y los estándares de protección de las inversiones.

Un caso de bastante énfasis en este ámbito es *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América* (UNCITRAL, 2005).

La controversia surgió cuando el Estado de California prohibió el uso del aditivo para gasolina MTBE, debido a los riesgos de contaminación que la sustancia generaba en acuíferos subterráneos. *Methanex*, empresa canadiense productora de metanol utilizado en la fabricación del MTBE, alegó que la medida constituía una expropiación indirecta y una violación del estándar de trato justo y equitativo.

El tribunal rechazó las reclamaciones del inversor y sostuvo que el artículo 1105 del NAFTA incorpora el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, interpretación bajo la cual el TJE no garantizaría la estabilidad general del marco regulatorio ni protegería expectativas económicas generales.

Asimismo, el tribunal afirmó que una regulación pública general, adoptada con fines legítimos y aplicada de manera no discriminatoria, no constituye una expropiación indemnizable aun cuando afecte económicamente a una inversión extranjera.

Por lo cual, dicho precedente evidencia, para los efectos de este artículo, que los tribunales arbitrales pueden reconocer un amplio margen regulatorio a los Estados cuando las medidas adoptadas persiguen objetivos legítimos de protección ambiental.

4.4. Expropiación indirecta y privación económica de la inversión

Para efectos metodológicos, este apartado busca recoger y sistematizar los principales contrastes jurisprudenciales

identificados por Aggarwal y Kabra (2023), en materia de expropiación indirecta, debido al análisis respecto del contraste que se puede extraer sobre dichas decisiones tomadas.

Según exponen Aggarwal y Kabra (2023), la jurisprudencia arbitral en materia de expropiación indirecta no ha seguido una línea uniforme, sino que ha oscilado entre aproximaciones que privilegian, de un lado, los efectos económicos de la medida sobre la inversión y, de otro, el carácter legítimo del ejercicio de la potestad regulatoria estatal.

Dentro del primer grupo, los autores ubican el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, en el cual el tribunal entendió que el propósito ambiental de la medida no alteraba su carácter expropiatorio, partiendo de la afirmación de que, si la intervención estatal priva sustancialmente al inversor de su propiedad, la finalidad pública de la medida no excluye la obligación de compensar; evidenciándose con ello un especial énfasis en la producción de un efecto equivalente al desapoderamiento.

Dentro del segundo grupo se propone a *Saluka Investments BV c. República Checa* como una expresión clara del enfoque opuesto. Allí, el tribunal sostuvo que el Estado no incurre en expropiación indemnizable cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios, adopta medidas de buena fe, no discriminatorias y orientadas al bienestar general; línea bajo la cual el daño económico sufrido por el inversor no basta por sí solo para activar responsabilidad internacional, si la medida se inserta en una actuación regulatoria legítima.

Los autores muestran también que entre ambos polos se han desarrollado posiciones intermedias. Así, en *Casinos Austria International GmbH c. Argentina*, el tribunal no se limitó ni al efecto económico ni a la sola invocación del interés público, sino que examinó conjuntamente la intensidad de la interferencia, la finalidad de la medida y la forma en que esta fue implementada; concluyendo en la existencia de expropiación indirecta, debido a que la privación de la inversión era permanente y sustancial, y



además la medida no satisfacía exigencias de buena fe, debido proceso y proporcionalidad.

Por su parte, en *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, aun reconociéndose una afectación intensa sobre la inversión, el tribunal concluyó, según refieren Aggarwal y Kabra (2023), que la prohibición de determinadas actividades mineras respondía al ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado y, por ello, no configuraba expropiación indirecta indemnizable.

De la comparación entre estas decisiones puede advertirse que la diferencia no se explica solo por una apreciación distinta de los hechos del caso, sino por un desacuerdo más básico sobre el marco jurídico desde el cual se concibe la relación entre la inversión protegida y la actuación estatal orientada al interés general.

Así, mientras una corriente privilegia los efectos concretos de la medida sobre la inversión como criterio principal para identificar una expropiación indirecta, otra entiende que esos efectos no pueden evaluarse aisladamente, sino en función del espacio regulatorio que corresponde al Estado.

De ahí que la práctica arbitral continúe mostrando soluciones oscilantes frente a regulaciones complejas, sobre todo cuando estas se insertan en ámbitos particularmente expuestos a objetivos ambientales o climáticos.

4.5. Nuevas tensiones a la luz de políticas climáticas

Otra expresión reciente de esta tensión estructural aparece en los litigios vinculados con instrumentos regulatorios diseñados para la política climática, en particular los mercados de carbono.

Este tipo de controversias merece atención específica porque desplaza el debate desde las inversiones tradicionales en activos físicos hacia activos de configuración más inmaterial y estrictamente regulatoria, como los derechos de emisión.

Ello obliga a repensar, desde el derecho internacional de las inversiones, qué puede considerarse una inversión protegida, cuál es el grado de estabilidad que puede esperarse de un mercado creado por decisión estatal y hasta dónde llega el margen del Estado para rediseñarlo o suprimirlo.

El caso *Koch Industries, Inc. y Koch Supply & Trading, LP v. Canada* (ICSID Case No. ARB/20/52), incorporado del análisis de Barker y Martín (2023) y complementado con el seguimiento posterior del procedimiento, resulta especialmente ilustrativo.

Barker y Martín son útiles, sobre todo, para identificar el caso como una de las pocas controversias públicamente conocidas en materia de mercados de carbono.

Así se sabe que, la controversia surgió tras la supresión del sistema de *cap and trade* de Ontario, creado como instrumento de mitigación climática y luego articulado con los mercados de Quebec y California; en ese marco, Koch Supply & Trading adquirió en subasta pública derechos de emisión por cerca de USD 30 millones, pero el posterior cambio de orientación

política bloqueó su transferencia y culminó con la cancelación legislativa del programa, dejando esos permisos sin valor económico ni compensación para quienes operaban en el mercado.

Sobre esa base, las demandantes alegaron que Canadá había vulnerado los artículos 1105 y 1110 del NAFTA, mientras que el Estado objetó la jurisdicción del tribunal sosteniendo que tales derechos de emisión no constituían una inversión protegida, con lo cual el litigio desplazó el debate desde la licitud de la medida hacia una cuestión previa, la de si un activo puramente regulatorio, dependiente por completo de un programa público, puede integrar el ámbito de protección del arbitraje de inversiones.

Según el seguimiento posterior del caso, en 2024 el tribunal del CIADI concluyó que carecía de jurisdicción, al considerar que los derechos de emisión involucrados no calificaban como inversiones protegidas; por lo que, lamentablemente, no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las alegaciones relativas al trato justo y equitativo o a la expropiación (IISD, 2024).

Ahora bien, que el caso haya terminado en sede jurisdiccional no lo vuelve irrelevante, debido a que, su importancia radica precisamente en el debate que deja abierto. Aquello deja expuestas, entre otras, dos cuestiones que probablemente reaparecerán en futuras disputas relacionadas con instrumentos de política climática.

En primer lugar, el caso plantea el problema del estatuto de las expectativas legítimas en mercados enteramente creados por regulación.

Cuando el Estado diseña un sistema, organiza subastas, habilita transacciones y conecta el programa con otras jurisdicciones, es razonable que los agentes económicos aleguen haber confiado en cierta estabilidad mínima del esquema; sin embargo, esa expectativa no puede presumirse automáticamente, debido a que, cuanto más intensamente regulado sea el activo y más evidente resulte su dependencia de decisiones políticas, más sólido aparece el argumento de que el operador asumía un riesgo regulatorio elevado.



En segundo lugar, la controversia suscita interrogantes respecto de la expropiación indirecta.

En este sentido, podría discutirse que, si el activo existe exclusivamente porque el Estado decide reconocerlo y permitir su circulación dentro de un régimen regulatorio determinado, la eliminación de ese régimen puede provocar una pérdida económica total sin que ello implique necesariamente una expropiación en sentido jurídico.

Finalmente, el caso sugiere una cuestión más amplia vinculada con la propia dinámica de la transición energética. Las políticas climáticas no solo restringen actividades intensivas en carbono, sino que también crean nuevos mercados, incentivos y estructuras económicas que pueden generar expectativas y conflictos jurídicos cuando cambian las prioridades regulatoria; por lo que, la conflictividad futura en el arbitraje de inversiones no se limitará a disputas derivadas de la eliminación de combustibles fósiles o de proyectos extractivos, sino que también podría extenderse a los instrumentos regulatorios diseñados para promover la descarbonización.

Por todo lo anterior, se evidencia que, la jurisprudencia arbitral no ofrece una posición uniforme frente a los conflictos derivados de reformas regulatorias en el sector energético, debido a que, mientras algunos tribunales han enfatizado la protección de las expectativas legítimas del inversor, otros han reconocido un amplio margen regulatorio a los Estados, especialmente cuando las medidas adoptadas persiguen objetivos de interés público.

La práctica arbitral demuestra así que el equilibrio entre protección de inversiones y potestad regulatoria constituye un campo jurisprudencial en evolución, particularmente en el contexto de las transformaciones estructurales que acompañan la transición energética.

5. Determinación de responsabilidad frente a políticas de eliminación progresiva

En el fondo, el problema que atraviesa este capítulo puede formularse de manera relativamente directa, esto es, si las políticas de eliminación progresiva de combustibles fósiles, cada vez más frecuentes en distintos ordenamientos, pueden llegar a configurar responsabilidad internacional del Estado en el marco del arbitraje de inversiones.

Por ende, estimamos que el problema ya no consiste solo en verificar si una medida estatal afecta económicamente una inversión, sino en determinar cuándo esa afectación rebasa el umbral de la regulación legítima y se convierte en un incumplimiento internacionalmente relevante.

A partir de esta premisa, y sobre la base de lo ya desarrollado en el marco teórico, el presente apartado examina cuestiones

centrales para el objeto de este estudio.

5.1. ¿Puede la transición redefinir el contenido del TJE?

El estándar de trato justo y equitativo constituye, como se ha visto, uno de los pilares más influyentes del régimen internacional de inversiones, debido a que, a través de este estándar, los tribunales arbitrales han buscado proteger a los inversionistas frente a decisiones estatales arbitrarias, imprevisibles o desproporcionadas, contribuyendo durante décadas a consolidar un marco relativamente estable para la protección de inversiones extranjeras.

Sin embargo, la transición energética introduce una variable que obliga a matizar esta lectura, en atención a que muchas inversiones en el sector energético fueron concebidas bajo marcos regulatorios diseñados en contextos distintos a los actuales, cuando la descarbonización global aún no ocupaba el lugar central que hoy tiene en la agenda internacional.

En este punto, Aggarwal y Kabra (2023) advierten que el verdadero dilema no radica solo en la existencia de una política climática, sino en la falta de uniformidad jurisprudencial respecto del método para balancear la protección del inversor y el derecho del Estado a regular.

Así, en virtud de la prueba de grado de cambio y de la razonabilidad y/o proporcionalidad reseñada en los capítulos anterior, es posible afirmar que, una misma política de eliminación progresiva puede ser leída como ruptura del marco de confianza del inversor o como respuesta regulatoria razonable frente a una finalidad climática legítima.

Esta tensión entre protección del inversor y margen regulatorio del Estado también se ha reflejado en la práctica arbitral reciente en controversias vinculadas al sector energético que no fueron expuestas anteriormente.

Por ejemplo, en el caso *vatters Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, el arbitraje se originó en medidas regulatorias adoptadas por el Estado alemán en el marco de su política energética, particularmente en relación con restricciones ambientales



y con la posterior decisión de abandonar progresivamente la energía nuclear.

De manera similar, en *Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, el tribunal examinó la prohibición italiana de nuevas actividades de exploración petrolera en determinadas zonas costeras, medida que el inversor consideró incompatible con las garantías del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Más recientemente, controversias iniciadas por empresas energéticas contra los Países Bajos, como *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ilustran cómo las políticas de eliminación progresiva del carbón adoptadas en el marco de estrategias nacionales de descarbonización pueden dar lugar a reclamaciones fundadas, entre otros estándares, en el trato justo y equitativo.

Ahora bien, la referencia a estos casos no debe llevar a una conclusión automática en favor de la responsabilidad, más bien, permiten advertir que el arbitraje de inversiones se ha convertido en un espacio donde se proyecta una disputa más profunda sobre el contenido actual del TJE.

En esa línea, Monti y Fermeiglia (2024) muestran que las cláusulas de TJE han otorgado a los árbitros un margen particularmente amplio para examinar la legitimidad de las políticas estatales, lo que puede restringir de hecho el espacio regulatorio disponible para adoptar medidas climáticas y generar efectos de enfriamiento regulatorio.

El problema, entonces, no es solo la amplitud del estándar, sino el tipo de control que permite desplegar sobre decisiones estatales adoptadas en contextos de transición energética.

En atención a ello, Riffel (2022) propone interpretar las expectativas del inversor a la luz del contexto regulatorio existente y de la posibilidad razonable de evolución normativa; de modo que, aunque su análisis se sitúa en el terreno de la expropiación indirecta, la premisa resulta trasladable al TJE debido a que, en sectores fuertemente regulados, como el energético, esa aproximación debilita la idea de que todo endurecimiento regulatorio frustra automáticamente expectativas protegidas.

De este modo, una política de transición energética no equivale por sí misma a una violación del TJE, salvo que la medida resulte arbitraria, discriminatoria o manifiestamente desproporcionada.

Estimamos que, en este contexto de transformación regulatoria del sector energético, el estándar de trato justo y equitativo podría ser objeto de una reinterpretación progresiva, no necesariamente mediante una redefinición formal del estándar, sino a través de una lectura contextual que reconozca que las expectativas legítimas deben evaluarse considerando el marco regulatorio general, el conocimiento del sector por parte del inversionista y la posibilidad razonable de cambios regulatorios en áreas vinculadas al interés público.

5.2. ¿Constituye la eliminación progresiva un supuesto de expropiación?

La segunda cuestión relevante se refiere a la posible caracterización de las políticas de eliminación progresiva como una forma de expropiación indirecta. Ello en atención a que, tradicionalmente, el derecho internacional de inversiones ha entendido la expropiación indirecta como una medida estatal que, sin transferir formalmente la propiedad de un activo, produce efectos equivalentes a una privación sustancial del valor económico de la inversión.

En principio, algunas políticas climáticas podrían parecer encajar en esta lógica, pues si un Estado decide prohibir determinadas actividades extractivas o cerrar anticipadamente instalaciones energéticas, es evidente que el valor económico de ciertas inversiones puede verse seriamente afectado.

Sin embargo, en sentido similar que el TJE, Aggarwal y Kabra (2023) muestran que la calificación de una medida como expropiatoria depende, en gran parte, del enfoque jurídico adoptado por el tribunal.

Así, si el tribunal privilegia un enfoque centrado en los efectos económicos de la medida, una política de cierre progresivo de actividades intensivas en carbono podría presentarse como una privación sustancial del valor económico de la inversión.

En cambio, si adopta una aproximación basada en la doctrina de los poderes de policía, la misma medida podría quedar fuera del ámbito indemnizable en la medida en que constituya una regulación general, no discriminatoria y orientada a un objetivo público legítimo, como la protección del clima.

En otras palabras, la respuesta jurídica depende menos del nombre de la medida que de la prueba aplicado para evaluar su impacto.

Por ello, aquí conviene detenerse un momento para poder identificar cuando una afectación económica constituye necesariamente una expropiación en términos del derecho internacional de inversiones. De hecho, la jurisprudencia arbitral ha insistido en distinguir entre medidas regulatorias legítimas adoptadas en ejercicio del poder público y



aquellas intervenciones que realmente privan al inversionista del uso o control esencial de su inversión.

En esta línea, Riffel (2022) resulta relevante, pues muestra que los tratados más recientes han intentado recalibrar la protección patrimonial del inversor mediante cláusulas que excluyen del concepto de expropiación indirecta a determinadas medidas regulatorias no discriminatorias dirigidas a fines legítimos de interés público.

Desde esa perspectiva, la eliminación progresiva de actividades intensivas en carbono no puede calificarse automáticamente como expropiación indirecta; en atención a que, para que exista una expropiación indemnizable, la medida estatal debe superar el umbral de una regulación general y producir una privación sustancial de los atributos esenciales de la inversión, de tal manera que la mera pérdida de rentabilidad, el deterioro del valor del activo o la afectación del modelo de negocio no equivalen, por sí solos, a una expropiación.

La cuestión decisiva es, por tanto, determinar si la política de eliminación progresiva, considerada en su diseño, intensidad y efectos, transforma la regulación en un desapoderamiento funcionalmente equivalente a la expropiación directa.

5.3. El margen regulatorio del Estado ante obligaciones climáticas internacionales

La discusión sobre expropiación y trato justo y equitativo conduce inevitablemente a una cuestión más amplia, la del alcance del margen regulatorio del Estado. En términos generales, el derecho internacional de inversiones ha reconocido que los Estados conservan la facultad soberana de regular en defensa de intereses públicos fundamentales, por lo que, la protección de las inversiones no implicaría que el marco regulatorio permanezca inalterado ni que el Estado renuncie a su capacidad de adaptar políticas públicas frente a nuevas circunstancias.

Sin embargo, la literatura especializada ha señalado que la red tradicional de acuerdos internacionales de inversión no se encuentra plenamente adaptada para respaldar de manera efectiva los objetivos de política climática.

En esa línea, Zhang (2024) advierte que numerosos AIJ carecen de disposiciones expresas que permitan equilibrar adecuadamente la protección de inversiones con la necesidad de adoptar medidas regulatorias orientadas a enfrentar el cambio climático.

A ello se suma que, como explican Swaroop y Barker (2023), la disciplina de los tratados de inversión y sus mecanismos de solución de controversias han permanecido en buena medida silenciosos respecto del cambio climático, lo que permitiría comprender por qué estándares concebidos para proveer seguridad jurídica hoy enfrentan dificultades cuando deben aplicarse a políticas de eliminación progresiva de combustibles fósiles u otras medidas de transición energética.

En este punto, el aporte más preciso de Aggarwal y Kabra (2023) consiste en destacar que la jurisprudencia más reciente ha tendido a reconocer que las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica no anulan el poder soberano del Estado para adaptar su derecho a circunstancias cambiantes, salvo que exista una cláusula de estabilización o una garantía específica atribuible al propio Estado.

Consideramos que dicho criterio puede ser decisivo, porque desplaza el análisis desde la mera alteración normativa hacia la existencia de compromisos concretos de invariabilidad.

Desde esta perspectiva, Riffel (2022) sostiene que el alcance de la protección debe interpretarse a la luz del marco regulatorio existente y de la posibilidad razonable de su evolución; enfoque bajo el cual, la política climática no aparece como una excepción externa al sistema de protección de inversiones, sino como un elemento que incide en la propia delimitación de la responsabilidad internacional del Estado.

Por ello, la determinación de responsabilidad frente a políticas de eliminación progresiva dependerá menos de la existencia de un cambio regulatorio en sí mismo y más de la forma en que dicho cambio interactúa con las garantías efectivamente ofrecidas al inversor, la intensidad de la afectación económica y la razonabilidad de la medida adoptada.

5.4. ¿Condicionamiento estructural o equilibrio posible?

A primera vista, podría parecer que el régimen internacional de inversiones y el régimen climático responden a lógicas difícilmente conciliables; sin embargo, el derecho internacional rara vez opera mediante lógicas de exclusión entre regímenes jurídicos, sino a través de normas que deben interpretarse de manera coordinada.

Desde esta perspectiva, la transición energética no implica necesariamente un conflicto inevitable con el régimen internacional de inversiones, sino que obliga a reexaminar el alcance del margen regulatorio estatal e interpretativo jurisdiccional dentro de ese sistema.



En este sentido, Aggarwal y Kabra (2023) precisan que la tensión actual no deriva únicamente de la adopción de políticas climáticas, sino de la falta de criterios jurisprudenciales uniformes para determinar cuándo una medida de transición permanece dentro del espacio regulatorio del Estado y cuándo, por el contrario, puede generar responsabilidad internacional.

Este escenario refleja una transformación más amplia del propio derecho internacional económico, ya que, como se ha visto, durante gran parte del siglo XX, la protección reforzada de las inversiones extranjeras fue concebida como un instrumento para estimular el flujo de capital hacia sectores estratégicos y no desde la perspectiva del cambio climático.

En este marco, resulta útil recordar, con Barker y Martin (2023), que el cambio climático constituye un ejemplo clásico de falla de mercado, en la medida en que el precio de los bienes y servicios intensivos en carbono no refleja adecuadamente los costos sociales, económicos y ambientales de las emisiones.

Bajo esa lógica, instrumentos como los mercados de carbono o las políticas de eliminación progresiva no aparecen como restricciones caprichosas, sino como respuestas regulatorias orientadas a internalizar una externalidad negativa.

De acuerdo a esta perspectiva, estándares como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta no deberían operar como mecanismos de congelación normativa, sino como límites frente a intervenciones arbitrarias o desproporcionadas, preservando al mismo tiempo la capacidad estatal de implementar políticas públicas orientadas a la descarbonización.

6. Reflexión crítica: compatibilidad, fricción o reconfiguración del sistema

6.1. Asimetrías entre protección de inversiones y deberes climáticos

Este capítulo aborda una pregunta central para el debate sobre el arbitraje de inversiones: ¿puede el régimen internacional de protección de inversiones coexistir con las crecientes obligaciones regulatorias de los Estados en materia de transición energética?

La tensión entre los campos discutidos se vuelve especialmente evidente cuando se observa el sector energético, donde las inversiones suelen ser de gran escala y están diseñadas para operar durante décadas, por lo que, como fue advertido por la doctrina, cualquier modificación en la regulación podría afectar el impacto económico de las inversiones preexistentes.

Precisamente por ello, las controversias analizadas en el capítulo IV muestran que el arbitraje de inversiones se ha convertido en un espacio donde se proyecta esta fricción entre protección patrimonial del inversor y potestad regulatoria del Estado.

Los casos examinados permiten ilustrar esta dinámica desde distintas perspectivas. En *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Spain*, el tribunal entendió que las reformas regulatorias españolas en materia de energías renovables habían frustrado las expectativas legítimas de los inversores bajo el artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía.

En contraste, el caso *Methanex Corporation v. United States* refleja una aproximación distinta. Allí el tribunal sostuvo que una regulación pública general adoptada con fines ambientales y aplicada de manera no discriminatoria no constituye una expropiación indemnizable, aun cuando genere efectos económicos adversos para el inversor.

Otros precedentes examinados en el capítulo IV que refuerzan esta diversidad interpretativa son la controversia *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*, que ilustra una línea jurisprudencial centrada en los efectos económicos de la medida estatal; y la controversia de *Saluka Investments v. Czech Republic*, que enfatiza la legitimidad del ejercicio de los poderes regulatorios del Estado. Siendo que, otras decisiones como *Eco Oro Minerals v. Colombia*, han intentado equilibrar ambos enfoques al reconocer que una afectación económica significativa puede coexistir con el ejercicio legítimo de potestades regulatorias orientadas al interés público.

Claramente, el contraste entre estas decisiones revela una asimetría estructural dentro del sistema, debido a que, los tratados de inversión contienen estándares sustantivos relativamente definidos para proteger los intereses del inversor, mientras que las obligaciones climáticas de los Estados se derivan de un régimen jurídico distinto, con instrumentos que privilegian compromisos de conducta y progresividad normativa.

En otras palabras, el régimen de inversiones dispone de mecanismos adjudicatorios robustos, mientras que el régimen climático opera principalmente mediante compromisos regulatorios internos y cooperación internacional.

En este escenario surge otra pregunta inevitable: ¿hasta qué punto un Estado puede



modificar su marco regulatorio para responder a la crisis climática sin exponerse a reclamaciones arbitrales por parte de inversores extranjeros?

Ante ello, resulta evidente que no se trata únicamente de una cuestión meramente doctrinal, sino de legitimidad del sistema; ello en razón de que, si el arbitraje de inversiones comienza a percibirse como un obstáculo para la adopción de políticas climáticas, su aceptación política y social podría debilitarse progresivamente; pero, al mismo tiempo, debilitar excesivamente la protección jurídica de las inversiones podría afectar el flujo de capital necesario para financiar la transición energética global.

6.2. Riesgos de mantener interpretaciones expansivas en contextos de descarbonización

En este contexto, uno de los debates más intensos dentro del arbitraje de inversiones se refiere a la interpretación que los tribunales arbitrales realizan de los estándares de protección contenidos en los tratados de inversión, ello en razón de que estándares como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta han sido, en diversas ocasiones, interpretados de manera relativamente amplia por los tribunales arbitrales.

Consideremos, por ejemplo, una situación que ha ido creciendo en frecuencia en los últimos años. En su política climática, un Estado opta por limitar o prohibir determinadas actividades vinculadas a los combustibles fósiles, lo que desde una perspectiva ambiental la medida puede parecer plenamente razonable; sin embargo, desde la perspectiva de un inversor que ha realizado inversiones significativas o que contaba con permisos administrativos para desarrollar un proyecto, la situación puede interpretarse como una afectación relevante de sus derechos protegidos por un tratado de inversión.

La controversia *Rockhopper Exploration plc v. Italy* ilustra con claridad esta tensión, mediante la cual el tribunal arbitral concluyó que la prohibición italiana de nuevas perforaciones *offshore* generó una privación sustancial de la inversión del demandante, calificando la medida como una expropiación contraria al Tratado sobre la Carta de la Energía. Siendo curioso que el propio tribunal reconoció la legitimidad ambiental de la política estatal, pero aun así determinó la existencia de responsabilidad internacional.

Este tipo de decisiones plantea un riesgo evidente para el funcionamiento futuro del sistema, debido a que, si tribunales arbitrales continúan aplicando estándares tradicionales sin incorporar adecuadamente el contexto regulatorio global de la transición energética, el sistema podría generar un efecto disuasorio sobre las políticas climáticas estatales.

La preocupación extrapola lo teórico, debido a que, como muestran algunos de los casos examinados en el capítulo IV, los litigios energéticos pueden involucrar reclamaciones por miles de millones de dólares y, en un contexto

donde los Estados deben implementar transformaciones regulatorias profundas en el sector energético, la posibilidad de enfrentar arbitrajes multimillonarios podría convertirse en un factor relevante dentro del proceso de toma de decisiones regulatorias.

6.3. ¿Reforma interpretativa o reforma normativa del ISDS?

Frente a este escenario, la discusión contemporánea ya no se limita al análisis de casos individuales; sino, la pregunta que comienza a emerger con mayor claridad en la doctrina es si el sistema de arbitraje de inversiones necesita adaptarse estructuralmente a la nueva realidad de la transición energética.

Una primera posibilidad consiste en una reforma interpretativa del sistema. Bajo este enfoque, los tribunales arbitrales continuarían aplicando los tratados de inversión existentes, pero incorporando de manera más explícita el contexto normativo del derecho internacional ambiental y climático dentro de sus procesos interpretativos, lo que implicaría reconocer con mayor claridad el margen regulatorio de los Estados cuando adoptan medidas orientadas a la protección de intereses públicos legítimos, como la protección del medio ambiente o la mitigación del cambio climático.

La práctica arbitral reciente muestra algunos indicios en esta dirección en decisiones como *Methanex v. United States* o *Saluka v. Czech Republic*, las cuales reflejan una cierta disposición a reconocer que los Estados conservan un espacio regulatorio necesario para la adopción de políticas públicas de interés general.

Una segunda alternativa, más ambiciosa, consiste en promover una reforma normativa del sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS). Dentro de este debate se han planteado propuestas como la creación de un tribunal multilateral de inversiones, la revisión de tratados existentes para incorporar cláusulas explícitas de derecho a regular o la redefinición más precisa de estándares sustantivos como el trato justo y equitativo.

De hecho, en los últimos años, varios Estados han reconsiderado su participación



en determinados tratados energéticos que han sido percibidos como incompatibles con los objetivos de descarbonización, siendo un claro ejemplo el Tratado sobre la Carta de la Energía.

Una tercera dimensión, advertida por todo lo revisado en el presente artículo, se refiere al diseño regulatorio de las políticas de transición energética.

La experiencia arbitral demuestra que muchas controversias no surgen exclusivamente del contenido de las medidas regulatorias, sino también de la forma en que estas se implementan; esto es, reformas regulatorias abruptas, inconsistentes o adoptadas sin mecanismos de transición podrían aumentar significativamente el riesgo de litigio.

En este sentido, los Estados pueden reducir la exposición a reclamaciones arbitrales mediante estrategias regulatorias más graduales, previsibles y transparentes, incorporando períodos de transición, mecanismos compensatorios limitados o marcos regulatorios que anticipen explícitamente la posibilidad de cambios normativos en sectores sujetos a transformación estructural.

Desde esta perspectiva, la evolución futura del arbitraje de inversiones no depende únicamente de la reinterpretación doctrinal del sistema, sino también de cómo interactúan tres niveles de adaptación institucional; esto es, la práctica interpretativa de los tribunales arbitrales, la reforma progresiva de los tratados internacionales de inversión y el diseño regulatorio interno de las políticas climáticas.

En definitiva, el desafío que plantea la transición energética no consiste en elegir entre la protección de las inversiones y la acción climática, el reto consiste en reconfigurar el equilibrio entre ambos objetivos dentro del derecho internacional económico contemporáneo; por lo que, lejos de implicar la desaparición del arbitraje de inversiones, este proceso puede conducir a una evolución del sistema hacia estándares de protección más contextualizados, capaces de preservar la seguridad jurídica de los inversores sin impedir que los Estados implementen las transformaciones regulatorias necesarias para enfrentar el cambio climático.

7. Conclusiones

La transición energética es uno de los procesos regulatorios más relevantes de nuestros tiempos. Ahora no se trata solamente de una discusión técnica acerca de la eficiencia tecnológica o las fuentes de energía. En realidad, nos encontramos ante un cambio radical de los marcos regulatorios que han regido el sector energético a nivel mundial durante décadas.

En este escenario, el derecho internacional de las inversiones se enfrenta a una tensión que no puede ignorarse fácilmente: proteger las inversiones extranjeras sin impedir que

los países implementen medidas regulatorias para manejar el cambio climático.

La verdad es que este conflicto no es una anomalía del sistema. Más bien parece ser una consecuencia natural de la interacción entre dos regímenes jurídicos que responden a lógicas distintas. Por un lado, el régimen internacional de protección de inversiones busca ofrecer estabilidad y seguridad jurídica a proyectos que, en muchos casos, implican inversiones de enorme magnitud y horizontes temporales de varias décadas.

Por otro lado, el derecho internacional ambiental y los compromisos climáticos empujan a los Estados a transformar sus políticas energéticas con una rapidez que, hace apenas unas décadas, habría parecido impensable.

El análisis desarrollado en este artículo permite identificar algunas conclusiones que ayudan a entender mejor esta tensión.

En primer lugar, la existencia de políticas de transición energética no excluye, por sí sola, la posibilidad de responsabilidad internacional del Estado. El hecho de que una medida estatal persiga objetivos ambientales legítimos, como la reducción de emisiones o la promoción de energías renovables, no significa automáticamente que quede fuera del alcance de los tratados de inversión. Sin embargo, la práctica arbitral muestra que los tribunales tienden a reconocer un margen regulatorio considerable cuando las medidas estatales responden de manera clara a intereses públicos relevantes. En otras palabras, la protección del medio ambiente no actúa como una inmunidad automática, pero sí incide de manera relevante en la interpretación de la conducta estatal.

En segundo lugar, la eventual responsabilidad internacional del Estado depende, en gran medida, de cómo se interpreten los estándares sustantivos tradicionales del derecho internacional de las inversiones. Conceptos como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta siguen siendo el centro del debate. Y es que, en este tipo de controversias, elementos como las expectativas legítimas del inversor, la previsibilidad del marco regulatorio o la proporcionalidad de las medidas adoptadas



adquieren un peso decisivo en el razonamiento de los tribunales arbitrales.

En tercer lugar, la práctica arbitral reciente muestra una tendencia interesante: los tribunales comienzan a adoptar interpretaciones más contextualizadas de estos estándares. Es decir, cada vez se observa con mayor claridad que los árbitros consideran el carácter dinámico del sector energético y el creciente peso de las políticas climáticas al evaluar la razonabilidad de las decisiones regulatorias de los Estados. Este enfoque permite reconocer que los tratados de inversión no operan en aislamiento, sino dentro de un sistema jurídico internacional más amplio que también incorpora objetivos ambientales.

Finalmente, la transición energética obliga a repensar algunas de las premisas sobre las que históricamente se ha construido el régimen internacional de protección de inversiones. Durante mucho tiempo, la estabilidad regulatoria fue entendida casi como una garantía de continuidad normativa. Sin embargo, en sectores sometidos a transformaciones estructurales, como el energético, esa expectativa de estabilidad absoluta resulta difícil de sostener. Los inversores que participan en estos mercados saben, o deberían saber, que las políticas energéticas están inevitablemente expuestas a cambios derivados de nuevas prioridades económicas, ambientales y sociales.

Desde esta perspectiva, el verdadero desafío para el arbitraje internacional de inversiones no consiste en optar entre la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente. La cuestión es más compleja, y también más interesante, que eso. El reto consiste en desarrollar criterios interpretativos capaces de equilibrar ambos intereses de manera razonable y coherente con la evolución del derecho internacional contemporáneo.

Asimismo, parece que este tipo de conflictos seguirá expandiéndose en los años futuros. A medida que los países establezcan políticas climáticas con mayor ambición, como la reconfiguración total de los mercados energéticos o la eliminación progresiva de combustibles fósiles, es posible que los inversores recurran más al arbitraje internacional para cuestionar las consecuencias económicas de las decisiones estatales.

En esta situación, la legitimidad del sistema arbitral se basará en gran medida en su capacidad para adaptarse a esta nueva normativa. Un sistema que ignore la magnitud del desafío climático corre el riesgo de volverse anacrónico.

Pero, al mismo tiempo, un sistema que debilite excesivamente la protección de las inversiones podría afectar la confianza necesaria para financiar proyectos energéticos de gran escala, incluidos aquellos vinculados con la propia transición energética.

En definitiva, la transición energética no solo redefine la manera en que se produce y se consume la energía. Además, exige reevaluar el frágil balance entre la modificación regulatoria y la estabilidad jurídica en el derecho internacional de las inversiones.

Y es que, en el fondo, no solo está en juego la solución de conflictos entre inversores y Estados, sino también la habilidad del sistema arbitral para continuar siendo un mecanismo legítimo y eficiente en un mundo que está cambiando radicalmente cómo produce, reparte y regula su energía.

Referencias bibliográficas

Aggarwal, M., & Kabra, R. (2023). Regulating for climate change without breaching investment treaties. En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 165–178). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Magnusson-2024-Ch07>

Barker, P., & Martin, M. (2023). Carbon markets, emissions trading, and investor-state disputes. En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 43–62). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-magnusson-2024-ch02>

Bonafé, E. (2021). Enabling frameworks for energy investment in Latin America: A global perspective. En G. M. Alvarez & M. Riofrio Piché (Eds.), *International arbitration in Latin America: Energy and natural resources disputes* (pp. 401–416). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-alvarez-2021-ch17>

Cameron, P. D., Mu, X., & Roeben, V. (2021). The concept of global energy transition and its agenda. In P. D. Cameron, X. Mu, & V. Roeben (Eds.), *The global energy transition: Law, policy and economics for energy in the 21st century* (pp. 327–336). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509932511.0007>

CIAR Global. (2024, diciembre 5). Aprobada la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía. <https://ciarglobal.com/aprobada-la-modernizacion-del-tratado-sobre-la-carta-de-la-energia>

Comité Jurídico Interamericano. (2025). Guía sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones (OEA/Ser.Q CJI/doc.720/24 corr.1). Organización de los Estados Americanos.



Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award (17 February 2000).

Consejo de la Unión Europea. (2024, 27 de junio). Tratado sobre la Carta de la Energía: la UE notifica su retirada. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/06/27/energy-charter-treaty-eu-notifies-its-withdrawal/>

Dumberry, P. (2013). The substantive content of Article 1105. In *The fair and equitable treatment standard: A guide to NAFTA case law on Article 1105* (pp. 127–274). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-dumberry-ch03>

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Liability (2021).

Eiser Infrastructure Limited & Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award (4 May 2017).

Energy Charter Secretariat. (1994). *Energy Charter Treaty and related documents*.

Ethyl Corporation v. Government of Canada. (1998, June 24). Award on jurisdiction. UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter 11. Jus Mundi. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ethyl-corporation-v-the-government-of-canada-award-on-jurisdiction-wednesday-24th-june-1998>

Franco, E., & Verdara, A. (2021). Achieving Latin America's energy transition: Looking into the roles of international arbitration and dispute avoidance. En G. M. Alvarez & M. Riofrio Piché (Eds.), *International arbitration in Latin America: Energy and natural resources disputes* (pp. 419–446). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-alvarez-2021-ch18>

Intergovernmental Panel on Climate Change. (2018). *Global warming of 1.5°C: An IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways*. <https://www.ipcc.ch/sr15/>

International Institute for Sustainable Development. (2020, octubre 5). Comité de Anulación del CIADI anula laudo de Eiser vs. España por constitución incorrecta del tribunal y grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/es/2020/10/05/comite-de-anulacion-del-ciadi-anula-laudo-de-eiser-vs-espana-por-constitucion-incorrecta-del-tribunal-y-grave-quebrantamiento-de-una-norma-fundamental-de-procedimiento/>

International Institute for Sustainable Development. (2024, julio 2). Tribunal del CIADI dictamina que los derechos de emisión no constituyen inversiones "protegidas" en virtud del T-MEC. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/es/2024/07/02/tribunal-del-ciadi-dictamina-que-los-derechos-de-emision-no-constituyen-inversiones-protegidas-en-virtud-del-t-mec/>

Koch Industries, Inc. & Koch Supply & Trading, LP v. Government of Canada, ICSID Case No. ARB/20/52.

Kundmüller Caminiti, F. (2008). Estado, inversiones, desarrollo económico y el arbitraje en el CIADI. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), 307–330. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14538>

Lascu, G. S. I. (2019). *El arbitraje internacional de inversiones: Panorama presente y perspectivas de futuro* [Trabajo de fin de máster,

Universidad de Alcalá]. Repositorio Institucional e_Buah. <http://hdl.handle.net/10017/40574>

Lehmann, T. (2025). Energy investment protection in the net zero transition. En *Investment arbitration and international climate change law: Revaluing legitimate expectations* (pp. 31–46). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-lehmann-2025-ch01>

Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award (3 August 2005).

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2013). *Guía de compromisos en los acuerdos internacionales de inversión y prevención de controversias internacionales de inversión en Perú*.

Monti, A., & Fermeglia, M. (2024). The FET standard between treaty reform and ISDS practice: An analysis of the modernized ECT. *Journal of International Arbitration*, 41(2), 155–178. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-410203>

Pastor Palomar, A. (2006). Protección de inversiones con conceptos indeterminados: El trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España. *Revista Española de Derecho Internacional*, 58(1), 271–287. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/1215>

Pearsall, P., Ingle, D., & Smadja, G. (2023). The Energy Charter Treaty: A friend or foe of decarbonisation? En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 245–262). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-magnusson-2024-ch10>

Prieto Muñoz, J. G. (2012). Evolución del derecho internacional de inversiones: Hacia un régimen global estable. *Foro: Revista de Derecho*, (17), 5–30. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/405>

Reinisch, A., & Schreuer, C. H. (2020). Chapter 2: Fair and equitable treatment. In A. Reinisch & C. H. Schreuer, *International protection of investments* (pp. 251–535). Kluwer Law International.

Riffel, C. (2022). Expropiación indirecta y la protección de los intereses públicos. *International and Comparative Law Quarterly*, 71(4), 945–974. <https://doi.org/10.1017/S0020589322000343>

Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, Award (2022).

Rowe, S. J. (2024). The Energy Charter Treaty and its role in the energy transition. En J. Menz & U. Weber-Stecher (Eds.), *ESG and disputes: Flash*



in the pan or game changer? (pp. 67–82). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-weber-stecher-2024-ch05>

RWE AG & RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4.

Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006).

Sánchez Rodríguez, L. I. (2008). La protección internacional de las inversiones y las recientes tensiones nacionalizadoras en el marco de la Unasur. *Agenda Internacional*, 15(26), 157–182. <https://doi.org/10.18800/agenda.200801.007>

Schmitz, E. C. et al. (2026). An uncontainable crisis: Climate change and air pollution vs. modern law. In À. García Escolar & J. D. Rodríguez Álvarez (Eds.), *Environmental Law: The Living Handbook. A Student-Authored Critical Handbook for International & EU Environmental Governance* (pp. 171–207). Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/lilibres/2026/325252/Book_Environmental_Law.pdf

Swaroop, S., & Barker, P. (2023). The Paris Agreement, net zero energy transition, and investor-state dispute settlement: Aligning the investment treaty system with climate change law & policy. *Transnational Dispute Management*. <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2983>

Turner, D. (2025, febrero 10). La reforma del TCE finalmente avanza: Se eliminan gradualmente los combustibles fósiles y se excluyen las disputas intracomunitarias. *Baker Botts*. <https://www.bakerbotts.com/thought-leadership/publications/2025/february/the-ect-finally-moves-forward-with-fewer-members-but-significant-changes>

United Nations Conference on Trade and Development. (2022a). *The international investment*

treaty regime and climate action (IIA Issues Note, Issue 3). https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development. (2022b). *Treaty-based investor–state dispute settlement cases and climate action* (IIA Issues Note, Issue 4). https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development. (2026). *International investment agreements navigator*. Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

United Nations Framework Convention on Climate Change. (2015). Paris Agreement. https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

Velásquez Meléndez, R. (2013). Expropiación indirecta: Justificación, regímenes, casos, criterios y usos. *IUS ET VERITAS*, 23(46), 228–256. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>

Venzke, I., & Günther, P. (2022). ¿Protección internacional de inversiones hecha en Alemania? Sobre la dinámica de la política nacional y exterior tras los primeros TBI. *European Journal of International Law*, 33(4), 1183–1207. <https://doi.org/10.1093/ejil/chac066>

Vives Llabrés, A., & Millán Angel, J. (1999). El sector energético en el umbral del siglo XXI: Tendencias y retos. Banco Interamericano de Desarrollo. <http://dx.doi.org/10.18235/0007790>

Von Kumberg, W., & Crow, J. (2022). The development of investor-state mediation and its future in supporting energy transition. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 88(3), 426–436. <https://doi.org/10.54648/amdm2022028>

Vorburger, S., & Petti, A. M. (2018). Arbitrating energy disputes. En M. Arroyo (Ed.), *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide* (2nd ed., pp. 1277–1319). Kluwer Law International. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-arroyo-edn2-vol1-082-n>

Zhang, S., & Li, N. (2024). Addressing climate change through international investment agreements: Obstacles and reform options. *Sustainability*, 16(4), Article 1471. <https://doi.org/10.3390/su16041471> 