



Uso de *Side Letters* como mecanismos complementarios en acuerdos internacionales de libre comercio e inversión

Autora

Andrea Vargas Cárdenas
Email: avargas@bcn.cl
Tel.: (56) 2 2270 18741

Comisión

Elaborado para la Comisión
de Relaciones Exteriores del
Senado

Nº SUP: 136107

Resumen

Las denominadas *side letters* constituyen arreglos bilaterales para el entendimiento específico de un aspecto en particular sobre un tratado internacional entre dos o más estados.

Este tipo de acuerdo se utiliza como mecanismo complementario para interpretar, adecuar o excluir la aplicación bilateral de alguna disposición del tratado.

En el caso de los acuerdos de libre comercio e inversión de última generación, el uso de *side letters* ha adquirido relevancia, ya que incorporan modificaciones de gran envergadura para el entendimiento del tratado como un todo, o también dan por terminado o reemplazan un tratado bilateral anterior sobre el mismo tema.

Las *side letters* podrían ser consideradas acuerdos internacionales en sí mismas, que otorgan flexibilidad a las partes para negociar cuando el carácter de las obligaciones asumidas es asimétrico. No obstante, por su naturaleza bilateral, complementaria al texto, generan un efecto sobre la coherencia integral del tratado.

I. Introducción

En el marco de la discusión para la aprobación o rechazo del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) (Boletín Legislativo 12195-10), se informa en líneas generales a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado sobre la definición y entendimiento del uso de *side letters* como mecanismos complementarios para la interpretación de disposiciones específicas en acuerdos de libre comercio e inversión.

II. Definiciones

Las denominadas *side letters* son arreglos que constituyen un entendimiento bilateral sobre un aspecto en particular de un tratado internacional de carácter plurilateral o multilateral, siendo utilizadas por las dos partes que suscriben la carta, con el fin ya sea de interpretar o de excluir de su aplicación alguna medida específica dispuesta en el texto base del tratado.

No existe uniformidad respecto de la terminología apropiada para referirse a este tipo de acuerdos. Son también conocidos como *side instruments*, *side agreements* (Solomon, 2019: 18) o, genéricamente, notas, acuerdos bilaterales o arreglos complementarios.

Su origen tampoco está definido, aunque su uso podría derivar desde su aplicación en el derecho comercial, donde alude a un tipo de documento auxiliar que es anexo de un contrato, y que se firma a objeto de clarificar, complementar o modificar las condiciones establecidas previamente en dicho contrato. Si bien podría dar lugar a derechos y obligaciones, la jurisprudencia de tribunales nacionales de carácter comercial no ha garantizado su exigibilidad (Wade y Staford, 2011).

De acuerdo a la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (SUBREI), del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, la definición de este mecanismo, según ha sido citado en la prensa, corresponde a:

“Acuerdos bilaterales entre países signatarios de un acuerdo plurilateral, en que se acuerdan ciertas normas específicas entre dichos países, lo que puede interpretar cierta norma del tratado, adecuarla a otra norma entre ellos, dejar sin efecto la aplicación de alguna norma u otra consideración entre ambas partes (Diario Financiero, 15 de septiembre de 2022).

III. Objetivos

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, 2019), una tendencia en los actuales acuerdos megarregionales de comercio suscritos desde 2018 en adelante, entre ellos el CPTPP, es incorporar vía protocolos o mediante intercambio de notas o *side letters*, algunas modificaciones de gran envergadura, que tienden a reflejar las preferencias actuales de la política comercial o incluso dar por finalizado y reemplazado un tratado de inversión previo, mediante cláusulas específicas.

R. Solomon señala que *a priori* no es posible determinar si una *side letter* posee carácter de tratado internacional, ya que depende en cada caso del fraseo particular del texto, donde explícitamente se establezca la intención del acuerdo pretendido entre las partes. A juicio del autor, las *side letters* podrían ser consideradas, cada una, como un tratado aparte en el marco de la interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), tanto en carácter de reserva (artículo 19), acuerdos de modificación de un tratado *inter se* (artículo 41) o suspensión de la aplicación de un tratado (artículo 58).

En su argumento, Solomon indica que, como el CPTPP guarda silencio respecto de la posibilidad de establecer reservas o modificaciones *inter se*, por tanto no restringe a las partes de llegar a un acuerdo sobre estos aspectos, de este modo, en su opinión “las *side letter* relativas a los mecanismos de solución de controversias entre inversionista y Estado, solo podrían ser inválidas si buscan derogar el objetivo y propósito del mismo tratado” (Solomon: 36).

En la posición de Reino Unido ante la Cámara de los Lores sobre su proceso de adhesión al CPTPP, se señala que la negociación de *side letters* es una vía para gestionar la posición de un estado que ha decidido que, por cualquier razón posible, vale la pena ser parte de un tratado en su conjunto. Allí se señala que estas resultan ser una muy buena vía para resolver cualquier problema o situación de riesgo que se avizore. En tanto, se indica que su efecto jurídico es el de un acuerdo internacional vinculante solo entre las partes que lo suscriben, tal como si fuera parte del tratado (*House of Lords, International Agreements Committee, 2021: Q9 y Q10*).

IV. Desafíos

Las *side letter*, como arreglos complementarios para la interpretación de acuerdos regionales y/o multilaterales de libre comercio y especialmente de inversión, podrían servir, según la UNCTAD (2019), como mecanismos para compensar la asimetría en las obligaciones asumidas entre las partes de un mismo acuerdo, brindando flexibilidad en asumir las disposiciones del tratado. No obstante, en general según la UNCTAD su efectividad para preservar el derecho de los estados a regular su política interna de desarrollo productivo y comercial, todavía no habría sido testeada en la resolución de conflictos entre inversionistas y estados.

Por otra parte, según Solomon, la estrategia de establecer *side letters* uno a uno, como en el caso del CPTPP y los arreglos definidos por Nueva Zelanda o Australia en los mecanismos de solución de controversias del capítulo de inversiones, generaría dificultad en la coherencia integral del tratado y socavaría el concepto de reciprocidad del instrumento, esto frente al hecho circunstancial de haber fallado durante la negociación del propio texto del tratado, en el establecimiento de un mecanismo voluntario para someter o aceptar la solución de las controversias (Solomon: 53).

Acuerdos megaregionales como el CPTPP o bilaterales con la Unión Europea, podrían llegar a definir las futuras reglas de la protección y la promoción de la inversión extranjera en los estados receptores (Labin y Muratova, 2018), de donde se deduce la importancia de concordar sus límites a través del texto del acuerdo, en vez de una suma de arreglos complementarios.

Finalmente, en términos de la transparencia en las reglas del juego para el inversionista o exportador extranjero, Solomon destaca la dificultad para rastrear este tipo de arreglos suscritos entre los demás estados parte del acuerdo, indicando que incluso algunos no estarían fácilmente disponibles a público (Solomon: 53).

Referencias

- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969). Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf (septiembre, 2022).
- DIARIO FINANCIERO (2022) *Side letters*: Qué son, cómo se han usado y la experiencia de Nueva Zelanda en el TPP11. Monserrat Toledo, 15 de septiembre de 2022.
- HOUSE OF LORDS, INTERNATIONAL AGREEMENTS COMMITTEE (2021) *Corrected oral evidence: Non-inquiry session: Investment protection and investor-state dispute settlement (ISDS) provisions in trade agreements*. 19-05-2021. Disponible en: <https://committees.parliament.uk/oralevidence/2347/pdf/> (septiembre, 2022).
- LABIN, Dmitry y MURATOVA, Renata (2018). *New approaches to the balance between investor protection and the right to regulate within mega-regional agreements*. *Moscow Journal of International Law*. Disponible en: DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-54-63 (septiembre, 2022).
- SOLOMON, Raphael (2019). *Segmentation and side letters: New Zealand's experience with ISDS in the CPTPP*. *Victoria University of Wellington Legal Research Paper. Student/Alumni Series VUWSALRP* 31/2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3485263 (septiembre, 2022).
- UNCTAD (2019). *Taking stock of IIA reform: Recent developments*. *IIA Issues Note num. 3. June, 2019*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1203/taking-stock-of-iiia-reform-recent-developments> (septiembre, 2022).
- WADE, Patricia y STAFORD, Sarah (2011). *Side letters: binding or not binding?* Disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-508-4548?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-508-4548?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (septiembre, 2022).