

UN TRATADO PARA GOBERNARLOS A TODOS

El Tratado sobre la Carta
de la Energía, en constante
ampliación, y el poder que
otorga a las empresas
para que entorpezcan la
transición energética



UN TRATADO PARA GOBERNARLOS A TODOS

El Tratado sobre la Carta de la Energía, en constante ampliación, y el poder que otorga a las empresas para que entorpezcan la transición energética

**Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO)
y el Transnational Institute (TNI)**

Bruselas/Ámsterdam, abril de 2019

(versión original en inglés publicada en junio 2018)

Escrito por Pia Eberhardt, Cecilia Olivet y Lavinia Steinfort

Revisado en inglés por Katharine Ainger

Traducido al español por Beatriz Martínez

Diseñado por Erik Tuckow (www.sichtagitation.de)

Maquetado en español por Ricardo Santos

El contenido de este informe se puede citar o reproducir con fines no comerciales y siempre que se mencione debidamente la fuente de información.

Agradecimientos

Desearíamos dar las gracias, entre otras personas, a Laurens Ankersmit, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lucile Falgueyrac, Tom Kucharz, Hilary Moore, Pascoe Sabido, Lora Verheecke y Pietje Vervest por los debates y por los valiosos comentarios que aportaron a los distintos borradores del texto. Gracias también a Amaranta Villarreal Nansen, Anah Maskell Knudsen, Myriam vander Stichele y Roos van Os por su apoyo en la labor de investigación. Y, finalmente, nuestro agradecimiento a la organización de la Iglesia católica alemana para la cooperación al desarrollo (MISEREOR, Alemania) y a Rockefeller Brothers Fund (Estados Unidos) por el apoyo financiero que han prestado a esta publicación.

Índice

6 Resumen ejecutivo

10 Capítulo 1

Introducción

12 Capítulo 2

Ganancias privadas, costes públicos: un opaco acuerdo permite que las empresas demanden a los países

38 Capítulo 3

Bienvenido a la ‘familia’: los grandes beneficiados del Tratado sobre la Carta de la Energía

39 **3.1** La Secretaría (no tan neutral)

44 **3.2** Los inversores que han presentado demandas con arreglo al TCE

49 **3.3** La industria jurídica

66 Capítulo 4

Expandiendo las fronteras: la ampliación del Tratado sobre la Carta de la Energía en África, Asia y América Latina

80 Capítulo 5

El arma definitiva: cómo las grandes empresas pueden usar el Tratado sobre la Carta de la Energía para acabar con la transición energética

100 Capítulo 6

Conclusión: ocho motivos para abandonar el Tratado sobre la Carta de la Energía (o nunca adherirse a él)

Resumen ejecutivo

El Tratado sobre la Carta de la Energía: el anillo mágico

Hace dos décadas, sin que se celebrara un debate público significativo, entró en vigor un opaco acuerdo internacional: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El Tratado funciona como el mágico anillo único de la trilogía de *El señor de los anillos* —“Un Anillo para gobernarlos a todos”—, ya que otorga a las grandes empresas un enorme poder sobre nuestros sistemas energéticos, como la facultad de demandar a los Gobiernos, lo cual podría entorpecer la transición de unos combustibles fósiles que destruyen el clima hacia las energías renovables. El TCE se encuentra en proceso de ampliación, que amenaza con que aún más países queden atados a unas políticas energéticas favorables a las grandes empresas.

Actualmente, el TCE es aplicable a casi 50 países, que se extienden desde Europa Occidental a Asia Central y hasta Japón. Entre las numerosas disposiciones del Tratado, las relativas a las inversiones extranjeras en el sector de la energía —también conocidas por la infame sigla ISDS, el equivalente en inglés al término ‘solución de controversias entre inversores y Estados’— representan uno de sus pilares.

Las disposiciones del TCE en materia de ISDS garantizan a los inversores extranjeros en el sector energético amplios derechos para demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales compuestos por tres abogados privados, los árbitros. A las empresas se les pueden conceder sumas astronómicas en concepto de indemnización por aquellas medidas adoptadas por un Gobierno que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la ‘expropiación’, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo. Por ejemplo, el gigante de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear. La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de

petróleo en alta mar. Varias compañías de servicios han demandado a Bulgaria, el Estado miembro más pobre de la UE, después de que el Gobierno redujera el creciente coste de la electricidad para los consumidores.

A pesar de ello, el TCE y quienes se están beneficiando con él han escapado en gran medida de la atención pública. Mientras que la última década ha sido testigo de una gran oleada de oposición al ISDS en otros acuerdos internacionales de comercio e inversión, el TCE ha logrado mantenerse sorprendentemente al margen de esta marea de indignación pública. Muchas de las demandas presentadas por inversores en virtud del Tratado se mantienen en secreto. En el caso de otras, la información a la que se puede acceder es escasa. Y en los países que se hallan en proceso de adhesión al TCE, casi nadie parece haber oído hablar del acuerdo, y mucho menos haber estudiado en profundidad los riesgos políticos, jurídicos y financieros que entraña.

Este informe arroja luz sobre “el anillo único” del TCE, que ejercerá una gran influencia en la batalla sobre nuestros futuros sistemas energéticos, así como sobre las grandes empresas y los abogados a los que concede enormes poderes.

Conclusiones principales

1.

Ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. En el momento de escribir estas líneas, en junio de 2018, la Secretaría del TCE enumeraba un total de 114 demandas interpuestas por empresas en virtud del tratado. Sin embargo, teniendo en cuenta la opacidad del sistema, el número real de demandas en el marco del Tratado podría ser mucho mayor.

2.

En los últimos años, el número de demandas de inversores en virtud del TCE se ha disparado. Mientras que, durante los primeros 10 años de vigencia del acuerdo (1998-2008), solo se registraron 19 casos, en los últimos cinco años (2013-2017), los inversores han presentado 75 demandas.* Es probable que esta tendencia se mantenga.

3.

Más recientemente, los inversores han empezado a utilizar el TCE para demandar a países de Europa Occidental. Mientras que, durante los primeros 15 años del acuerdo, el 89 % de las demandas en el marco del TCE afectaron a Estados de Europa Central y Oriental y Asia Central, hoy día son España e Italia quienes encabezan la lista de los países más demandados. El TCE sigue siendo el único tratado efectivo en el que los Estados de Europa Occidental han aceptado el ISDS con países que también son exportadores de capital hacia ellos. También se trata del único acuerdo que prevé el arbitraje inversor-Estado contra la UE en su conjunto.

4.

Cada vez hay en juego más dinero de los Estados y los contribuyentes. Se cuentan 16 casos en los que los inversores —en su mayoría grandes empresas o personas muy adineradas— han presentado una demanda por 1000 millones de dólares, o más, en concepto de daños.* En el marco del TCE se encuentran algunas de las demandas más costosas de la historia del ISDS, como la demanda de Vattenfall contra Alemania por abandonar la energía nuclear (más de 5100 millones de dólares), así como el mayor laudo ISDS jamás concedido, por el que se condenó a Rusia a pagar 50 000 millones de dólares por los casos Yukos. El coste promedio en gastos jurídicos que supone una demanda ISDS se sitúa en torno a los 11 millones de dólares, pero puede alcanzar sumas mucho más elevadas.

5.

Las grandes empresas reclaman indemnizaciones por la pérdida de 'beneficios futuros'. La petrolera Rockhopper no solo le está reclamando a Italia los 40-50 millones de dólares que se gastó realmente en la exploración de un yacimiento petrolífero en el mar Adriático. También está reclamando otros 200-300 millones de dólares por las supuestas ganancias que habría generado el yacimiento si Italia no hubiera prohibido que se ejecutaran nuevos proyectos de petróleo y gas en alta mar.

6.

A los Gobiernos se les ha condenado a pagar o bien han accedido a pagar más de 51 200 millones de dólares en concepto de daños, procedentes de fondos públicos,* una cifra que equivale, aproximadamente, a la inversión anual necesaria para proporcionar acceso a la energía a todas aquellas personas del mundo que carecen de él. Las demandas pendientes en virtud del TCE* tienen un valor colectivo de 35 000 millones de dólares, mucho más que la cantidad anual estimada para que África se adapte al cambio climático.

7.

Los inversores que han interpuesto demandas en virtud del TCE provienen en su mayoría de Europa Occidental. Las empresas y personas con sede registrada en los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido (o en el paraíso fiscal de Chipre) representan el 60 % de los 150 inversores implicados en las demandas.*

8.

La mayoría de las demandas en el marco del TCE son controversias dentro de la UE, pero eluden los tribunales de la Unión. El 67 % de las demandas en el marco del TCE fueron interpuestas por inversores de un Estado miembro de la UE contra el Gobierno de otro Estado miembro, mediante las que se reclaman grandes sumas de dinero público que, seguramente, no se podrían exigir al amparo del sistema jurídico de la Unión. Eso significa que casi la mitad de todas las disputas de inversión conocidas dentro de la UE se interpusieron con arreglo al TCE (las otras se basan en tratados bilaterales). En marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que los procedimientos ISDS intracomunitarios en virtud de estos tratados bilaterales violan el derecho de la Unión, ya que eluden a los tribunales de la propia Unión, un argumento que también podría aplicarse al TCE.

9.

El TCE es propenso a ser objeto de abuso por parte de sociedades pantalla, que, por lo general, solo existen sobre el papel y se suelen usar para la evasión de impuestos y el lavado de dinero. Por ejemplo, 23 de los 24 inversores ‘holandeses’ que han presentado demandas en virtud del TCE* son sociedades pantalla. Entre ellas, se cuentan Khan Netherlands (utilizada por la compañía minera canadiense Khan Resources para demandar a Mongolia aunque Canadá ni siquiera es parte del TCE) e Isolux Infrastructure Netherlands y Charanne (ambas usadas por los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, dos de los españoles más ricos, para demandar a España). Dado que la definición de ‘inversor’ e ‘inversión’ que establece el Tratado es excesivamente amplia, los Estados pueden ser demandados por inversores de todo el mundo, incluso por sus propios ciudadanos.

10.

El TCE cada vez está siendo más utilizado por inversores financieros especulativos, como inversores y sociedades de cartera. En el 88 % de las demandas presentadas por los recortes en los programas de ayuda a la energía renovable en España, la parte demandante no es una empresa de energía renovable, sino un fondo de capital u otro tipo de inversor financiero, a menudo vinculado con el sector del carbón, el petróleo, el gas y la energía nuclear. Varios de los fondos solo invirtieron cuando España ya estaba en plena crisis económica y se habían introducido algunos cambios en los programas de ayuda (que, según argumentaron después los fondos, habían socavado sus expectativas de ganancia). Algunos inversores contemplan el TCE no solo como una póliza de seguro, sino como una fuente adicional de lucro.

11.

El TCE es una herramienta poderosa en manos de grandes compañías de petróleo, gas y carbón para disuadir a los Gobiernos de efectuar la transición hacia la energía limpia. Han utilizado el TCE y otros acuerdos de inversión para impugnar medidas que prohibían la explotación de petróleo o eran contrarias a la construcción de ductos, aplicaban impuestos a los combustibles fósiles, y establecían una moratoria sobre el uso de tipos de energía controvertidos o preveían la eliminación gradual de este. Las empresas también han usado el Tratado para intimidar a las personas responsables de la toma de decisiones. La multimillonaria ofensiva jurídica de Vattenfall, que exigía 1400 millones de euros por los cambios introducidos en las normas ambientales que afectaban a una central eléctrica de carbón en Alemania, obligó al gobierno local a flexibilizar las regulaciones para resolver el caso.

12.

El TCE se puede utilizar para arremeter contra los Gobiernos que persiguen reducir la pobreza energética y lograr que la electricidad sea asequible. En el marco del TCE, Bulgaria y Hungría ya han sido demandados por cientos de millones de euros, en parte por limitar las ganancias de las grandes compañías eléctricas y presionar para que se bajaran los precios de la electricidad. Abogados especializados en inversiones están estudiando la posibilidad de emprender acciones parecidas contra el Reino Unido, donde el Gobierno ha propuesto un precio máximo sobre la energía para terminar con las facturas abusivas.

13.

Un pequeño número de árbitros domina la toma de decisiones en el contexto del TCE. Apenas 25 árbitros han acaparado la toma de decisiones en el 44 % de los casos presentados en el marco del TCE, mientras que dos tercios de estos superárbitros también han actuado como asesores jurídicos en otras disputas relativas a tratados de inversión. El hecho de que actúen a la vez como árbitro y abogado en diferentes casos ha generado una creciente preocupación por los conflictos de interés que pueden surgir, en especial porque este pequeño grupo de abogados ha garantizado una interpretación de los términos del TCE extremadamente favorable a las empresas, con lo que han allanado el camino para que en el futuro se presenten demandas aún más onerosas contra los Estados.

14.

Cinco bufetes de abogados de élite han estado implicados en casi la mitad de todas las demandas de inversores conocidas en el marco del TCE. Los bufetes de abogados han sido uno de los motores principales que han impulsado el auge de casos presentados en virtud del TCE, al dedicarse a anunciar constantemente a sus clientes las numerosas posibilidades de litigio que ofrece el Tratado, alentándolos a demandar a los países.

15.

Los financiadores de terceras partes cada vez están más consolidados en los arbitrajes celebrados en el marco del TCE. Estos fondos de inversión cubren los gastos legales de las controversias entre inversores y Estados a cambio de un porcentaje en cualquier laudo o acuerdo. Es probable que esta dinámica alimente aún más el auge de los arbitrajes, incrementando el coste que deben asumir los Gobiernos, ya escasos de fondos, y haga que estos sean más propensos a ceder a las demandas de las empresas.

16.

Hay cierta inquietud sobre las operaciones en beneficio propio y la corrupción institucionalizada en los órganos que administran las controversias del TCE. Por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), un organismo destacado en las controversias relativas al TCE, es problemático porque sus arbitrajes son especialmente opacos, susceptibles a los conflictos de interés y potencialmente más sesgados en contra de los Estados que en otras instancias.

17.

Empresas contaminantes y abogados de inversión con ánimo de lucro disfrutan de un acceso privilegiado a la Secretaría del TCE, lo cual pone en tela de juicio la neutralidad y la capacidad de esta última para actuar en interés de los Estados signatarios del Tratado, así como garantizar una transición energética que persiga abandonar los combustibles fósiles. Más del 80 % de las empresas del Grupo Consultivo del Sector del TCE ganan dinero con el petróleo, el gas y el carbón. Dos tercios de los abogados que integran el Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico del TCE tienen un interés financiero en las demandas de los inversores contra los Estados. Ambos grupos consultivos gozan de numerosas oportunidades para influir en su propio interés en la Secretaría, los Estados miembros del TCE y el proceso de la Carta en general. Varios altos funcionarios de la Secretaría del TCE colaboraron con bufetes de abogados especializados en arbitraje antes o después de trabajar en la Secretaría.

18.

Muchos países de todo el mundo están a punto de adherir al TCE, lo cual amenaza con ligarlos a unas políticas energéticas favorables a las grandes empresas. Jordania, Yemen, Burundi y Mauritania se encuentran en un estado muy avanzado del proceso de adhesión (ya están ratificando el Tratado internamente). El siguiente en la lista es Pakistán, país donde el arbitraje sobre inversiones es controversial (aunque de todos modos ya ha sido invitado a adherir al TCE), seguido de varios países en diferentes etapas de preparación de sus informes de adhesión (Serbia, Marruecos, Swazilandia —renombrado oficialmente como eSwatini en abril 2018—, Chad, Bangladesh, Camboya, Colombia, Níger, Gambia, Uganda, Nigeria y Guatemala). Muchos más países han firmado la Carta Internacional de la Energía, una declaración política no vinculante, pero que se considera el primer paso hacia la adhesión al Tratado de la Carta de la Energía, que sí es jurídicamente vinculante.

19.

Entre los posibles nuevos Estados signatarios del TCE predomina una falta de conciencia alarmante acerca de los riesgos políticos y financieros que entraña el Tratado. Los funcionarios de ministerios con experiencia en la negociación de tratados de inversión y en la defensa de arbitrajes entre inversores y Estados prácticamente no están participando en el proceso, que está siendo dirigido por los ministerios de Energía. Este hecho resulta preocupante, pues muchos de estos países ya tienen una experiencia desastrosa con las demandas de inversores en el marco de otros acuerdos de inversión, que podrían multiplicarse si firman el TCE.

20.

El proceso de ampliación se está promoviendo de forma agresiva desde la Secretaría del TCE, la UE y la industria del arbitraje, deseosos de obtener acceso a unos preciosos recursos energéticos en el Sur Global y ampliar su propio poder y oportunidades de beneficio. A la vez que minimizan o niegan los riesgos que asumen los Estados al adherirse al TCE, promueven el acuerdo como una condición necesaria para atraer la inversión extranjera y, en concreto, la inversión en energía limpia para todos. Sin embargo, a día de hoy no hay ninguna prueba de que el acuerdo ayude a reducir la pobreza energética ni facilite la inversión, y mucho menos en energías renovables.

Pero también hay buenas noticias. En todo el mundo, las críticas contra los superderechos como los que otorga el TCE a las empresas han ido en ascenso. Activistas, campañas, mundo académico y parlamentario están empezando a plantear preguntas críticas con respecto al Tratado. Los acuerdos y las demandas de inversores que ha posibilitado también podrían convertirse en blanco de los tribunales de la UE. Más países podrían seguir el ejemplo de Rusia e Italia, que ya le han dado la espalda al TCE.

Este informe advierte sobre los peligros que conlleva ampliar el TCE a un número creciente de países y finaliza con ocho razones clave para abandonar el Tratado y no adherirse a él. Del mismo modo que en *El señor de los anillos*, donde la comunidad de los nueve compañeros en torno al pequeño hobbit Frodo Bolsón logra destruir el Anillo Único, se podría estar fraguando una comunidad formada por ciudadanía, especialistas en derecho, personas del mundo parlamentario, de los tribunales y los Gobiernos, que finalmente logrará romper el poder de unión del “anillo” del TCE.

* Las cifras aluden al total de casos en virtud del TCE conocidos hasta fines de 2017. Es probable que existan otros que, debido al secretismo que rodea a los procesos de demanda, no hayan salido a la luz.

Un Anillo para gobernarlos a todos, un Anillo para encontrarlos, un Anillo para atraerlos a todos y atarlos en las tinieblas.

J.R.R. Tolkien, *El señor de los anillos*

Capítulo 1 Introducción

En la famosa trilogía *El señor de los anillos*, Sauron, el Señor Oscuro, forja un anillo mágico para dominar la Tierra Media. Con ese “Anillo para gobernarlos a todos”, puede esclavizar a todo aquel que se le antoje. En la lucha que estamos librando contra el cambio climático y por una transición energética justa y democrática, ese anillo es un acuerdo internacional poco conocido: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El Tratado permite que las empresas demanden a los Gobiernos y ha facilitado que se paguen miles de millones de dólares de los contribuyentes a grandes empresas de energía. Además, se puede usar para atar a los países a la dependencia de combustibles fósiles que destruyen el clima, proteger proyectos energéticos desastrosos frente a la oposición pública y consolidar el poder de las grandes empresas sobre nuestros sistemas energéticos. El TCE se encuentra en proceso de ampliación, lo cual amenaza con que aún más países queden atados a unas políticas energéticas favorables a las grandes empresas.

El TCE es un acuerdo internacional que se remonta a mediados de la década de 1990 y es aplicable a casi 50 países, que se extienden desde Europa Occidental a Japón, pasando por Asia Central. Al amparo del Tratado, los inversores extranjeros pueden demandar a los Gobiernos signatarios por cualquier medida adoptada en el sector de la energía que consideren perjudicial para sus ganancias. Por ejemplo, el gigante de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear. La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de petróleo en alta mar. Varias compañías de servicios han demandado a Bulgaria, el Estado miembro más pobre de la UE, porque el Gobierno redujo el creciente coste de la electricidad para los consumidores.

Estas demandas no se dirimen en tribunales ordinarios. En el marco del TCE, las empresas pueden demandar a los Gobiernos ante un tribunal internacional compuesto por tres abogados particulares. Estos tribunales tienen la facultad de condenar a los Estados a pagar miles de millones de dinero de los contribuyentes para compensar a los inversores,

entre otras cosas por las supuestas repercusiones que tendrían en las ganancias de las empresas leyes concebidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, hacer que la energía sea asequible o revertir privatizaciones que no funcionaron.

En los últimos años, el número de demandas presentadas en virtud del TCE se ha disparado. Ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. Y podrían surgir muchas más si los Gobiernos toman las medidas resueltas para transformar el sector energético que se necesitan si deseamos tener alguna oportunidad de evitar niveles extremadamente peligrosos de calentamiento global. Por ejemplo, las empresas podrían usar el TCE para impugnar decisiones como la de reducir los subsidios a los combustibles fósiles que destruyen el clima, cerrar minas de carbón contaminantes o impedir que se construyan nuevos oleoductos y gasoductos.

A pesar de los enormes riesgos que entraña para los presupuestos públicos y el margen de maniobra de los Gobiernos para legislar en pro de las personas y el planeta, muchos países de África, Asia, Medio Oriente y América Latina van camino de firmar el TCE y suscribir los peligrosos privilegios que reserva a los inversores. El proceso está impulsado activamente por los actuales Estados contratantes, la Secretaría del TCE y los mismos abogados y empresas que se benefician del acuerdo. Su objetivo consiste en globalizar el TCE y convertirlo en una especie de Organización Mundial del Comercio (OMC) en el ámbito de la energía.

Este informe advierte sobre los peligros que conlleva ampliar el TCE a un número creciente de países. También arroja luz sobre las empresas y los abogados que más se han beneficiado con la bonanza de demandas al amparo del TCE. Siguiendo sus propios intereses financieros —y en colaboración con la Secretaría del TCE—, los sectores jurídico y energético trabajan con empeño para asegurar o aumentar sus propios negocios, exhortando a que cada vez se presenten más costosas demandas corporativas o presionando para que se amplíe el acuerdo.

Hasta ahora, el TCE y quienes se están beneficiando con él han escapado en gran medida de la atención pública. Mientras que la última década ha sido testigo de una gran oleada de oposición a este tipo de privilegios empresariales en otros acuerdos internacionales de comercio e inversión —como el TTIP, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión entre la UE y los Estados Unidos, ahora paralizada—, el TCE ha logrado pasar desapercibido y mantenerse sorprendentemente al margen de esta marea de indignación pública. Muchas de las demandas presentadas por inversores en virtud del Tratado se mantienen en secreto. En el caso de otras, la información a la que se puede acceder es escasa. Y en los países que se hallan en proceso de adhesión al TCE, casi nadie parece haber oído hablar del acuerdo, y mucho menos haber estudiado en profundidad los riesgos políticos, jurídicos y financieros que entraña.

Por lo tanto, es hora de analizar más de cerca este “Anillo para gobernarlos a todos”, un tratado que ejercerá una gran influencia en la batalla sobre nuestros futuros sistemas energéticos. Y también es hora de revelar quiénes son las grandes empresas y los abogados a los que concede enormes poderes.



Capítulo 2

Ganancias privadas, costes públicos: un opaco acuerdo permite que las empresas demanden a los países

El 28 de abril de 1998, las negociaciones para el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) se vinieron abajo, un hecho que fue aplaudido por grupos de consumidores, ambientalistas y pro-desarrollo de todo el mundo. Se habían movilizado en contra de esta declaración unilateral de derechos para las empresas transnacionales que estaba diametralmente en contra de su agenda para un mundo sostenible y justo. Lo que esos grupos no sabían era que, apenas unos días antes, el 16 de abril de 1998, acababa de entrar en vigor otro acuerdo multilateral de inversiones que no se había sometido a ningún debate público: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). Las verdaderas repercusiones de este turbio tratado, que durante 20 años ha respondido a las necesidades de las grandes empresas de energía, deben ponerse con urgencia en el foco de atención y examinarse con detenimiento.

El TCE es un acuerdo internacional para el sector de la energía que es aplicable a casi 50 países de Europa Occidental y Oriental, Asia Central y Japón (véase la imagen 1 en las páginas 16-17).¹ El Tratado contempla un sinnúmero de normas —relativas, entre otras, al comercio y el tránsito de energía—, pero su piedra angular se encuentra en las disposiciones que contemplan las protecciones para las inversiones extranjeras en este ámbito.

El TCE garantiza a los inversores extranjeros en el sector energético amplios derechos, como el peculiar privilegio de poder demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales compuestos por tres abogados particulares, los árbitros. En estos tribunales, las empresas pueden reclamar sumas astronómicas en concepto de indemnización por aquellas medidas adoptadas por un Gobierno que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la expropiación, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo (véase el cuadro 1 en la página 14).

Este sistema de solución de controversias entre inversores y Estados —también conocido por la sigla ISDS— puede utilizarse para cuestionar cualquier iniciativa emprendida por un Estado-nación que pueda afectar a una inversión: leyes y reglamentos de los parlamentos, medidas de los Gobiernos y sus organismos, e incluso decisiones judiciales, independientemente de si se toman a escala local, regional o nacional. El término ‘inversión’ se interpreta de una manera tan amplia que simples accionistas pueden demandar a los Estados. Además, las empresas pueden reclamar no solo por el dinero invertido, sino también por las ganancias que preveían en el futuro. En ocasiones, la presentación de una costosa controversia —o la mera amenaza de ello entre bastidores— puede bastar para congelar la acción del Gobierno, cuando los responsables de las políticas se dan cuenta de que tendrían que pagar para legislar.

El Tratado sobre la Carta de la Energía ofrece oportunidades sin igual para que los inversores en el sector de la energía protejan sus inversiones en el exterior y hagan cumplir esas protecciones a través del arbitraje internacional.

Abogados del bufete Skadden Arps Slate Meagher & Flom, especializado en arbitraje de inversiones ²

Cuadro 1

Algunas demandas emblemáticas presentadas por inversores contra Estados

Grandes empresas contra la protección ambiental – Vattenfall contra Alemania I y II: En 2009, la multinacional sueca de la energía Vattenfall interpuso una demanda contra el Gobierno alemán, al que exigía 1400 millones de euros en concepto de indemnización por las restricciones ambientales impuestas a una de sus centrales eléctricas de carbón. El caso se resolvió en 2011 fuera de los tribunales, después de que la administración local accediera a flexibilizar la normativa ambiental, con lo que se exacerbó el impacto que tendrá la central en el río Elba y su fauna y flora. En 2012, Vattenfall presentó una segunda demanda, por la que reclamaba 4300 millones de euros, más intereses, por la pérdida de ganancias vinculada con dos de sus reactores nucleares. El caso pone en tela de juicio la decisión de Alemania de acelerar el proceso de abandono de la energía nuclear, tras la catástrofe de Fukushima en 2011, y décadas de fuertes protestas antinucleares en todo el país (véanse los cuadros 3 y 5 en las páginas 23 y 46).

Grandes empresas contra la prohibición de perforaciones petrolíferas – Rockhopper contra Italia: En mayo de 2017, Rockhopper, una compañía de petróleo y gas con sede en el Reino Unido, demandó a Italia porque el país se había negado a otorgar una concesión para la perforación de petróleo en el mar Adriático. La negativa se produjo después de que el Parlamento italiano prohibiera nuevas actividades de petróleo y gas cerca de las costas del país, por las preocupaciones que generaban sus efectos en el medioambiente y el elevado riesgo de terremotos. Rockhopper está reclamando unos “perjuicios monetarios muy significativos”,⁴ entre otras cosas por la pérdida de futuras ganancias, una cifra que podría multiplicar varias veces los gastos irrecuperables de la empresa, estimados en torno a los 40 o 50 millones de dólares. La demanda, de hecho, se interpuso 17 meses después de que Italia abandonara el TCE. Esto es posible porque el tratado protege a los inversores durante 20 años más después de que un país se retire de él (véase el cuadro 12 en la página 85).

Grandes empresas contra la seguridad nuclear – Khan Resources contra Mongolia: En 2015, un tribunal condenó a Mongolia a pagar más de 80 millones de dólares (más intereses y los costes judiciales) a la compañía minera canadiense Khan Resources, que había demandado al país a través de una ‘sociedad pantalla’ o ‘sociedad fantasma’, es decir, una empresa con domicilio social pero sin una actividad comercial sustancial en los Países Bajos.⁵ Los legisladores mongoles habían invalidado las licencias para una mina de uranio tras la adopción de una nueva ley sobre energía nuclear y luego de que varias inspecciones hubieran detectado que no se cumplían las leyes relativas a la radiación y la seguridad en el enclave (como el almacenamiento de material radiactivo en áreas protegidas). Unos meses después de que Mongolia hubiera pagado 70 millones de dólares del laudo en 2016 (como se acordó con Khan en una serie de negociaciones tras el laudo), los accionistas decidieron liquidar la empresa,⁶ de forma que se embolsaron 20 millones de dólares de ganancias extraordinarias (según su propia versión, Khan solo había gastado en el proyecto 50 millones de dólares).⁷

Grandes empresas contra la electricidad asequible – EVN, Energo-Pro y ČEZ contra Bulgaria: Bulgaria está lidiando con tres demandas de empresas energéticas de Austria (EVN, presentada en 2013) y la República Checa (Energo-Pro y ČEZ, presentadas en 2015 y 2016).⁸ Entre otras cuestiones, las empresas objetan la decisión que adoptó el Gobierno de reducir los precios astronómicos de la energía. Tras una serie de protestas organizadas en 2013 contra el alto coste de los servicios públicos en el Estado miembro más pobre de la UE, los legisladores búlgaros redujeron los costes de la electricidad para los consumidores en un promedio del 7 %. Los inversores alegan que “estas medidas reducen los ingresos de la venta de energía eléctrica”.⁹ No se sabe cuánto dinero están reclamando exactamente, pero solo ČEZ habla de “centenares de millones de euros”.¹⁰

El largo brazo de la gran industria del petróleo hacia el Este

El TCE se estuvo negociando durante tres años y se firmó en diciembre de 1994. La idea fue del entonces primer ministro holandés y antiguo empresario Ruud Lubbers, un neoliberal que abogaba por un modelo de

“más mercados, menos Gobierno”,³ en la línea de Margaret Thatcher y Ronald Reagan. Ávidos por acceder a los enormes recursos de petróleo y gas de la antigua Unión Soviética, otros Gobiernos de Europa Occidental pronto se sumaron a su proyecto de un marco de cooperación entre Este y Oeste en materia de energía.

En el proceso participaron también otros países no europeos: Japón, Australia (que firmó el TCE pero no llegó a ratificarlo), los Estados Unidos y Canadá (estos dos últimos nunca lo firmaron). Pero la UE y sus Estados miembros fueron los evidentes responsables de encabezar el proyecto, “no solo como coordinadora, sino también como promotora de las negociaciones”.¹² El Reino Unido y los Países Bajos, que habían desarrollado sus propios tratados bilaterales de inversión utilizando importantes aportaciones del gigante petrolero Shell,¹³ ejercieron una influencia especialmente destacada en las conversaciones. Las normas del TCE relativas a los inversores incluso se definieron según el tratado estándar del Reino Unido en aquel momento,¹⁴ un hecho que Shell seguramente apreció.

Pese a que las negociaciones “se celebraron en gran medida al margen de la presión del control externo”,¹⁵ grandes compañías de petróleo y gas como Exxon, Mobil (que aún eran empresas estadounidenses independientes), Shell, ENI, BP y Repsol siguieron de cerca las negociaciones desde el principio. Grupos de presión del sector de los combustibles fósiles, como E&P Forum (que más tarde cambió su nombre por el de Asociación Internacional de Productores de Petróleo y Gas, IOGP), Eurogas y Europa (hoy conocida como FuelsEurope), mantuvieron reuniones periódicas con los principales negociadores y fueron invitados a presentar observaciones sobre las versiones preliminares del futuro tratado. Estos grupos exigieron que “el acento principal... se ponga en las garantías para la protección de las inversiones” y que el acuerdo “otorgue a los inversores el derecho de aplicar ciertas disposiciones clave directamente contra el Gobierno anfitrión a través del arbitraje”.¹⁶ En otras palabras: las grandes petroleras habían solicitado exactamente los privilegios empresariales que luego pasaron a conformar la base del Tratado sobre la Carta de la Energía.

La imprudencia en la firma del Tratado

Las delegaciones no occidentales estuvieron mucho menos activas en las negociaciones para el TCE. Según relatos de la época, hasta el tramo final, los equipos negociadores de Europa Oriental y Rusia tuvieron algunos “problemas” para comprender “términos y principios” básicos del TCE, mientras que las partes occidentales “se pasaron mucho tiempo explicándolos”.¹⁸ Un experto en arbitraje incluso comentó que algunos antiguos miembros de la Unión Soviética firmaron el TCE porque “era una oportunidad de consolidar su condición recién adquirida de Estado”, añadiendo que los tratados representan para los Estados “lo que el alcohol y la conducción para los adolescentes”.¹⁹

Las compañías europeas de petróleo y gas estaban estudiando nuevas oportunidades comerciales entre los países de Eurasia.

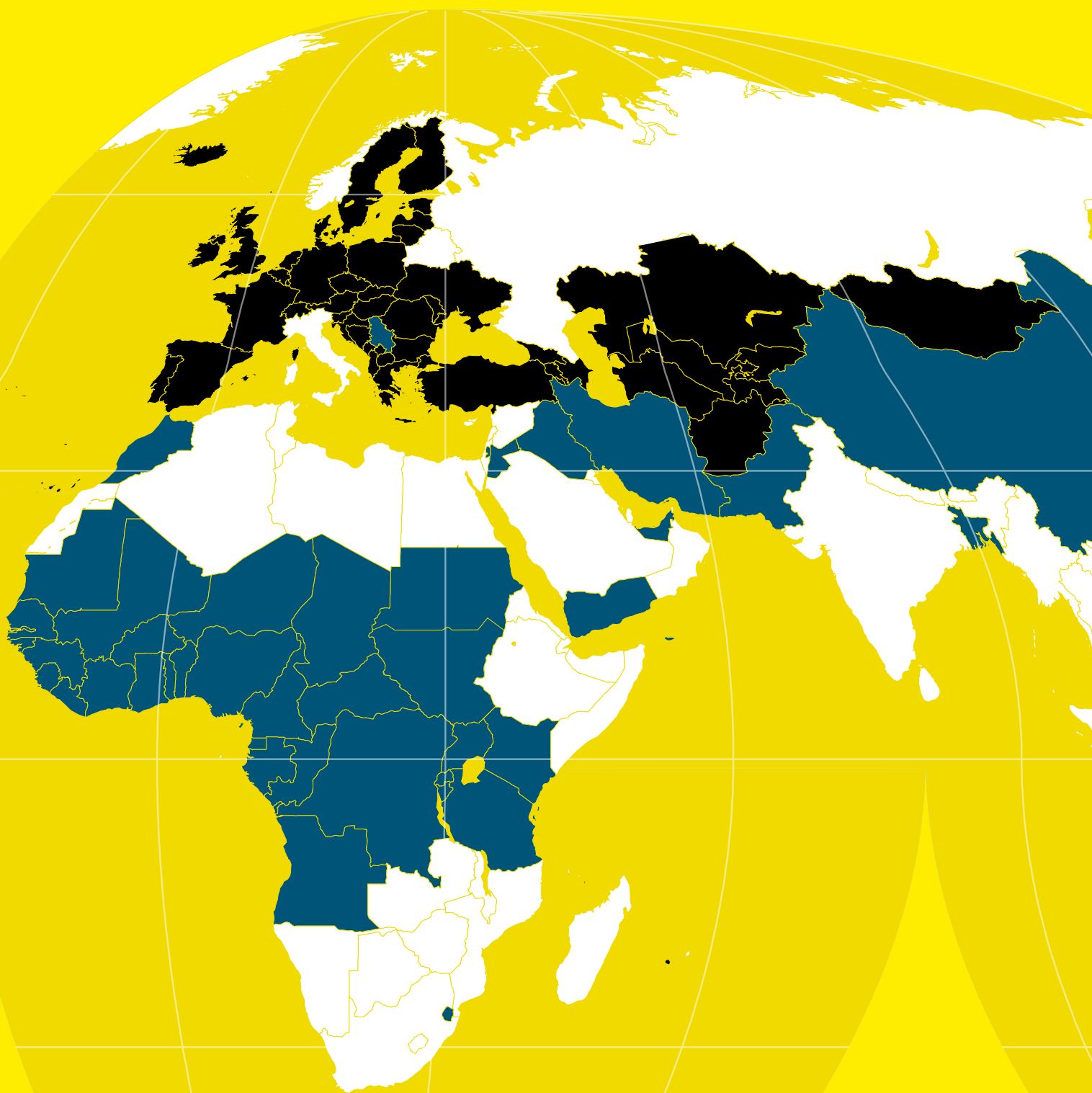
Urban Rusnák, secretario general del TCE en sus comienzos, a principios de la década de 1990¹¹

El inversor debería gozar del derecho de llevar toda controversia con... el país anfitrión a un arbitraje vinculante y de obligado cumplimiento... sin recurrir antes a los tribunales nacionales.

Primera lista de deseos para el futuro TCE de E&P Forum, un grupo de presión de la industria petrolera, fechada en 1991¹⁷

Imagen 1

Tratado sobre la Carta de la Energía: países miembros y candidatos



Países miembros y candidatos

● miembros de pleno derecho del Tratado sobre la Carta de la Energía

● en distintas etapas de adhesión al Tratado sobre la Carta de la Energía

Miembros actuales Países y agrupaciones candidatos

Afganistán	África subsahariana
Albania	Benín
Alemania	Burkina Faso
Armenia	Burundi
Austria	Chad
Azerbaiyán	Comunidad de África Oriental (CAO)
Bélgica	Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEEAC)
Bosnia y Herzegovina	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO)
Bulgaria	G5 del Sahel
Chipre	Gambia
Croacia	Kenya
Dinamarca	Malí
Eslovaquia	Mauritania
Eslovenia	Níger
España	Nigeria
Estonia	Reino de eSwatini (antes Suazilandia)
Euratom	Rwanda
Finlandia	Senegal
Francia	Tanzania
Georgia	Uganda
Grecia	
Hungría	Asia
Irlanda	Bangladesh
Islandia	Camboya
Japón	China
Kazajistán	Corea del Sur
Kirguistán	Pakistán
Letonia	
Liechtenstein	América Latina
Lituania	Chile
Luxemburgo	Colombia
Macedonia	Guatemala
Malta	Panamá
Moldavia	
Mongolia	Oriente Medio y Norte de África
Montenegro	Emiratos Árabes Unidos
Países Bajos	Irán
Polonia	Iraq
Portugal	Jordania
Reino Unido	Marruecos
República Checa	Palestina
Rumanía	Yemen
Suecia	
Suiza	
Tayikistán	
Turkmenistán	
Turquía	
Ucrania	
UE	
Uzbekistán	
	Europa
	Serbia

Según el principal asesor jurídico de los negociadores, varios artículos del TCE y sus posibles riesgos solo se revisaron superficialmente, ya que la UE forzó que se cerraran algunos asuntos controvertidos importantes. En su opinión, el resultado fue un “paquete” jurídico complejo y “desordenado” de “secciones”, “anexos”, “decisiones”, “entendimientos”, “declaraciones” e “interpretaciones” de difícil gestión.²⁰ En otras palabras: un paraíso para los bufetes de abogados que desearan hacer dinero con él, pero una pesadilla para prácticamente el resto del mundo.

Uno de los expertos en derecho que primero tomó conciencia de los riesgos que entrañaba el TCE para los Gobiernos fue Thomas Wälde, un académico que también trabajó como abogado, árbitro y especialista en demandas de inversores contra Estados (incluidas algunas presentadas al amparo del TCE). Cuando se firmó el TCE, Wälde escribió: “Sospechamos que las formulaciones a veces bastante abiertas del Tratado ofrecen muchas oportunidades para que individuos protesten y entablen una demanda contra los Gobiernos... Cuanto más abiertas sean esas obligaciones, más interpretaciones podrán generar una sorpresa notable entre los negociadores y signatarios originales del Tratado”.²² Sin embargo, las ideas de Wälde con respecto a los riesgos jurídicos del TCE no le impidieron convertirse en “un miembro del equipo que organizó una serie de actos sobre el tratado en varios Estados soviéticos, intentando conseguir que firmaran”.²³

Los negociadores realmente no sabían que los tratados tuvieran algún perjuicio en la práctica. No eran conscientes de los costes ni del hecho de que podría conducir a un arbitraje.

Funcionario de la República Checa aludiendo a los acuerdos sobre inversiones que firmó el país a partir de la década de 1990²¹

Una pesadilla jurídica para el Este y el Oeste

Durante sus primeros 15 años de vigencia, las demandas de inversores contra Estados en el marco del TCE afectaron principalmente a Europa Central y Oriental, y Asia Central. Hasta 2013, la gran mayoría de los Estados que tuvieron que defenderse con arreglo al Tratado (89 %) pertenecían a esas regiones.⁴⁰ Entre otras cosas, los inversores disputaron las normas para poner freno a los beneficios excesivos de los generadores de electricidad en Hungría,⁴¹ una licencia de una mina de uranio revocada por motivos ambientales en Mongolia (véase el cuadro 1 en la página 14), y las iniciativas de los países de Europa Oriental para situar sus sectores eléctricos en sintonía con la legislación de la UE para poder adherir a ella.⁴² El supuesto “milagro de la posguerra fría”⁴³ —una teórica unión perfecta entre los ricos recursos energéticos de la antigua Unión Soviética y la tecnología y el capital occidentales— se había convertido en una pesadilla jurídica para el Este.

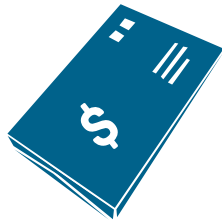
Sin embargo, apenas cinco años después, el banquillo del TCE cambió radicalmente, ya que el Tratado empezó a usarse también contra Estados de Europa Occidental. De hecho, el 64 % de las demandas de inversores presentadas entre 2013 y 2017 se dirigieron contra países de Europa Occidental.⁴⁵ A fines de 2017, España encabezaba la lista de países con más demandas al amparo del Tratado.⁴⁶ El número de demandas conocidas contra España en virtud del TCE, por un valor de miles

El TCE, sin duda, se apuntó en un primer momento hacia los antiguos países soviéticos.

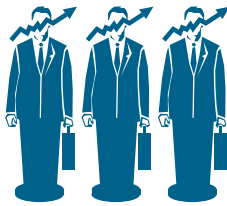
Abogados de Norton Rose Fulbright, un bufete especializado en arbitraje de inversiones⁴⁴

Imagen 2

Las fases de un procedimiento arbitral de inversiones en el marco del TCE



Fase 1 El proceso se inicia cuando un **inversor extranjero envía un aviso de arbitraje a un Estado**. A diferencia de otras esferas del derecho internacional, el demandante no tiene que pasar primero por los tribunales locales. Tanto el inversor como el Estado contarán con la asistencia de abogados (consejeros) durante el proceso.



Fase 2 El inversor y el Estado eligen conjuntamente al tribunal arbitral. Por lo general, cada parte elige a un árbitro y ambas designan, de manera conjunta, a una tercera persona que actúe como presidente. Los árbitros no son jueces, sino abogados particulares y con fines de lucro, a quienes se les paga por cada caso.



Fase 3 Los procedimientos duran años y suelen celebrarse a puerta cerrada, mientras que al público se le facilita escasa o nula información, a veces ni siquiera el hecho de que se esté dirimiendo un caso.



Fase 4 Los árbitros finalmente determinan si el Estado ha vulnerado los derechos de los inversores en virtud del TCE y a cuánto asciende la reparación. También asignan los costes jurídicos del procedimiento. Las posibilidades de impugnar estos dictámenes son extremadamente limitadas, incluso aunque parezcan manifiestamente indebidos.



Fase 5 Los Estados deben cumplir los laudos arbitrales. Si se oponen, el laudo puede ser impuesto por tribunales reales en casi cualquier lugar del mundo mediante la incautación de propiedades del Estado en otro lugar (por ejemplo, congelando cuentas bancarias o confiscando aeronaves o barcos estatales).

Un extraño que de repente tropiece con una audiencia arbitral internacional podría no darse cuenta de que se está desarrollando un proceso jurídico. Seguramente, el proceso se estaría celebrando en una sala de hotel o en una sala de formación cualquiera.

A un lado de la mesa habría dos pequeños grupos, vestidos con ropa de oficina convencional. Al otro, encontraría otro trío de aspecto parecido, aunque probablemente con el pelo algo más canoso. Sería evidente que algo estaba pasando, pero no deduciría de inmediato que se estaban decidiendo los derechos jurídicos de nadie.

Todo es muy informal. No hay público, ni acomodadores y pocas muestras de ceremonia. Podría tratarse perfectamente de un curso de formación (si no fuera por el repiqueteo del taquígrafo). Y, sin embargo, podrían estar en juego millones de dólares; o incluso miles de millones.

Revista *Global Arbitration Review*²⁴

Cuadro 2

Manual básico de privilegios que el TCE garantiza a los inversores y 10 motivos por los que a las empresas les encantan

Muchos analistas han observado “la afabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía con respecto a los inversores”.²⁵ El acuerdo es extraordinariamente “asimétrico”, en la medida en que no otorga nada más que derechos a los inversores y nada más que obligaciones a los países en los que estos invierten.²⁶ Algunos abogados sostienen incluso que ofrece a las empresas un “nivel de protección más firme”²⁷ que otros tratados de inversión.

He aquí 10 motivos por los que a las grandes empresas les encanta el TCE:

- 1. El tratado protege un amplísimo abanico de inversiones “relacionada[s] con una Actividad Económica en el Sector de la Energía”** (artículo 1(6)).²⁸ Las actividades abarcan todas las fuentes de energía (petróleo, gas, carbón, nuclear, renovables) a lo largo de toda la cadena de suministro, desde la extracción y el refinado al almacenamiento, el transporte, la distribución, el comercio, la venta y la eliminación de residuos conexos (artículo 1(5)). Cabe destacar que, en el marco del TCE, el término “inversión” se ha interpretado de modo muy distinto al que se suele entender por lo general. Por ejemplo, en un caso contra Kirguistán, los árbitros consideraron un simple contrato comercial para la venta de gas como una inversión, aunque en realidad no se había gastado dinero en ello.²⁹ Por lo tanto, es difícil imaginar alguna actividad en el sector de la energía que no esté amparada por el TCE.
- 2. Si los inversores extranjeros estiman que se han violado sus derechos, pueden recurrir a los privilegios de gran alcance que les reserva el TCE para interponer ante tribunales internacionales unas costosas demandas contra los Estados signatarios**, eludiendo así los sistemas jurídicos internos del país en cuestión (artículo 26(3)(a)). Si un tribunal concluye que se ha violado aunque sea solo uno de los derechos del inversor, puede ordenar al Estado demandado que pague, en concepto de indemnización, unas sumas astronómicas y no sujetas a ningún tipo de restricción que salen del bolsillo de los contribuyentes, incluso por una hipotética pérdida de ganancias futuras.
- 3. Los dictámenes dependen de árbitros con ánimo de lucro que cobran unos honorarios muy cuantiosos por cada caso.** En el tribunal más utilizado para dirimir controversias en virtud del TCE, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros ganan 3000 dólares por día.³⁰ Esto genera un fuerte incentivo financiero para que fallen en favor de quienes pueden presentar más demandas en el futuro: los inversores. Las decisiones que favorecen a los inversores hacen que el TCE les siga resultando atractivo, lo cual alimenta nuevas demandas y más ingresos para los árbitros.
- 4. Los Estados “fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para [...] los inversores”** (artículo 10(1)). Aunque esta disposición de “trato justo y equitativo” podría parecer inocua, ha resultado ser extremadamente peligrosa para contribuyentes y legisladores, ya que algunos árbitros la han interpretado de una manera que, de hecho, exige a los países que paguen una indemnización cuando modifican la ley. Por ejemplo, en un caso, el tribunal resolvió que España había quebrantado varios artículos del TCE por “alterar radicalmente” el régimen regulatorio de los productores de energía renovable y sustituirlo por otro “nuevo y muy distinto”, que les resultaba menos beneficioso. Las grandes empresas de petróleo, gas y carbón podrían articular fácilmente casos parecidos contra medidas firmes que emprendieran las autoridades reguladoras en materia climática.³¹

Los acuerdos de inversión se han concebido, fundamentalmente, para salvaguardar el orden establecido. Sin embargo, el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París exigirá un cambio radical: un futuro en el que los Gobiernos hayan alcanzado la meta colectiva de mantener la temperatura por debajo del umbral de los 2°C es un futuro sin combustibles fósiles.

Kyla Tienhaara, Universidad Nacional Australiana³²

5. El TCE protege las ‘expectativas legítimas’ de los inversores, teniendo en cuenta la manera en que los árbitros han interpretado su cláusula de “trato justo y equitativo” (artículo 10(1)).³³ Esto brinda a las grandes empresas un arma potente para luchar contra todo cambio normativo, incluso si este se emprende porque han surgido nuevos conocimientos (por ejemplo, sobre las causas de raíz y las soluciones para el cambio climático) o por decisión democrática.

6. El TCE protege a los inversores frente a las expropiaciones (artículo 13). Desde el punto de vista de los inversores, casi cualquier ley o reglamentación —por ejemplo, para proteger el medioambiente o el bienestar social— puede considerarse una ‘expropiación’ indirecta cuando tiene el efecto de reducir la ganancia. Según un estudio publicado en 2012 por la Secretaría del TCE, las disposiciones relativas a la expropiación podrían dar lugar a órdenes de indemnización contra los países incluso en situaciones en que la decisión del Gobierno podría estimarse no indemnizable y legítima en virtud de la legislación nacional.³⁴ En otras palabras: al amparo del TCE, los inversores pueden embolsarse sumas potencialmente grandes de dinero de los contribuyentes que no se les otorgarían en el sistema jurídico nacional.

El TCE otorga a los inversores unos derechos jurídicos que están por encima y al margen de la legislación local.

Stephen Jagusch, abogado especializado en arbitrajes³⁵

7. En virtud del TCE, pueden presentar demandas todo tipo de sociedades pantalla y vehículos financieros de dudosa actividad; el tratado es proclive a lo que se ha denominado ‘búsqueda del tratado más favorable’ (en inglés, *treaty-shopping*); es decir, que los inversores, incluso de Estados que no pertenecen al TCE, presentan demandas a través de una sociedad pantalla con sede en alguno de los Estados miembros del TCE. Para poder presentar una demanda, los inversores solo deben estar inscritos reglamentariamente en un Estado signatario del Tratado y poseer o controlar (in)directamente un activo relacionado con la energía en otro Estado signatario (por ejemplo, una

licencia o participación en una empresa). Esto es gracias a las definiciones, extraordinariamente amplias, de ‘inversor’ e ‘inversión’ que dispone el TCE (artículos 1(6) y (7)) y que exponen a los Estados a unos riesgos jurídicos impredecibles.³⁶

8. El TCE encierra una peligrosa ‘cláusula de alcance general’ que multiplica gravemente el riesgo de costosas demandas (última frase del artículo 10(1)). Reúne todas las obligaciones asumidas por un Estado con respecto a una inversión bajo ‘el alcance general’ del TCE, elevándolas así al nivel del derecho internacional. La cláusula, por ejemplo, permitiría a un inversor presentar una demanda al amparo del TCE por el presunto incumplimiento de un mero contrato con un municipio, incluso aunque el contrato exigiera que se recurriera a los tribunales nacionales. Este tipo de cláusula consta en menos de la mitad de todos los tratados de inversión del mundo;³⁷ los acuerdos más recientes no suelen incluirla.

Los capítulos relativos al ISDS son anómalos en la medida en que brindan protección a los inversores, pero no a los Estados ni a la población.

Carta abierta de diez expertos independientes y relatores especiales de la ONU³⁸

9. El TCE deja poco espacio de maniobra para que los Estados legislen, por ejemplo, con el fin de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Aunque contempla excepciones para proteger la salud y el medioambiente (artículo 24(2)(i)), estas no son aplicables explícitamente a derechos de gran alcance de los inversores como el “trato justo y equitativo” (artículo 24(2)(b)).

10. Si un país abandona el TCE, puede seguir siendo objeto de demandas durante 20 años más con respecto a inversiones efectuadas con anterioridad (como le sucedió a Italia; véase el cuadro 12 en la página 85). Esta cláusula ‘de continuidad contractual’ o ‘zombi’ (artículo 47(3)) permite que los superderechos que el TCE concede a las empresas pervivan pese a la muerte del tratado. Menos de una sexta parte de los tratados de inversión del mundo incluyen una cláusula de 20 años.³⁹

Los tratados de inversión se concibieron para proteger las inversiones europeas en el exterior. Pero ahora han vuelto para agraviar a Europa.

Mahnaz Malik, abogada especializada en arbitraje de inversiones⁴⁸

de millones de euros, alcanza la asombrosa cifra de 40. Le sigue en la lista Italia, que ha sido objeto de al menos 10 demandas. Los dos países han sido demandados por haber reducido las ayudas a las energías renovables (véase el cuadro 6 en la página 50 para saber más sobre los turbios secretos de estas demandas). Cuando se produjo la primera demanda conocida en virtud del TCE contra un país de Europa Occidental (la demanda que interpuso Vattenfall contra Alemania en 2009; véase el cuadro 3 en la página 23), una abogada tildó el Tratado de “monstruo jurídico” que fue concebido “para proteger las inversiones europeas en el exterior” y que ahora ha “vuelto para agraviar a Europa”.⁴⁷ Hasta la fecha, el TCE es el único tratado de inversión efectivo que los Estados de Europa Occidental han firmado con Estados que son exportadores de capital hacia ellos, lo cual permite a los inversores de esos países eludir los tribunales nacionales y presentar costosas demandas ante tribunales arbitrales privados (el próximo será el acuerdo comercial entre la UE y Canadá, el CETA).

Las empresas de Europa Occidental salen beneficiadas

Pero independientemente de si las demandas en virtud del TCE azotan a Este u Oeste, las empresas más propensas al litigio proceden, hasta la fecha, de Europa Occidental, en especial los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido. A fines de 2017, las empresas y los particulares con domicilio en estos cuatro países o en el paraíso fiscal de Chipre representaban el 60 % de los 150 inversores implicados en demandas conocidas.⁴⁹ Muchos de ellos son simples sociedades pantalla, es decir, empresas con pocos empleados en esos países, pero que utilizan algunas grandes empresas para trasladar sus ganancias y evitar pagar impuestos.

A fines de 2017, una gran parte de los casos conocidos con arreglo al TCE (un 59 %) siguen pendientes de resolverse. Pero la mayoría de las demandas que sí están resueltas han resultado ser bastante beneficiosas para las empresas involucradas: en el 61 % de los casos, el tribunal falló a favor del inversor o el caso se solucionó con un acuerdo entre las partes. Como sucedió con el caso de Vattenfall y su central de carbón contra Alemania (véase el cuadro 3 en la página 23), los acuerdos entre las partes suelen implicar alguna concesión al inversor en forma de pago, una normativa más laxa, etc., aunque la falta de transparencia en los casos que se tramitan al amparo del TCE entraña que los detalles casi nunca se hagan públicos.

Imagen 3

Una ofensiva jurídica de Europa Occidental

Inversores de estos cinco países han presentado el mayor número de demandas en virtud del TCE



Cuadro 3

La gran industria del carbón intimida a las autoridades locales para que rebajen la protección ambiental: Vattenfall contra Alemania I

En 2009, la multinacional sueca de la energía Vattenfall interpuso una demanda contra el Gobierno alemán, al que exigía 1400 millones de euros en concepto de daños por las restricciones ambientales impuestas a una de sus centrales eléctricas de carbón cerca de la ciudad de Hamburgo. La empresa alegó que las condiciones que habían establecido las autoridades locales para emitir un permiso de uso de aguas hacían que la planta fuera “no rentable”.⁵⁰ El caso se resolvió en 2011 con un acuerdo entre las partes, después de que el gobierno de la ciudad de Hamburgo accediera a flexibilizar los requisitos ambientales por medio de un procedimiento paralelo en un tribunal local.

El caso es relevante porque pone de manifiesto que el TCE...

... puede rebajar las protecciones ambientales: A raíz del acuerdo entre las partes, las autoridades locales redujeron de forma notable las restricciones ambientales iniciales del permiso de aguas de 2008 para la central eléctrica. El permiso revisado de 2010 permite a Vattenfall extraer más agua de refrigeración del río Elba y rebaja los requisitos relativos al control de los efectos de la central de carbón sobre las poblaciones de peces.⁵²

... se utiliza para intimidar a los políticos: Algunos funcionarios han señalado que la demanda de 1400 millones de euros al amparo del TCE presionó al gobierno de Hamburgo para llegar a un acuerdo en el Alto Tribunal Administrativo, donde Vattenfall había interpuesto una demanda paralela. Este acuerdo en el tribunal local diluyó la normativa medioambiental y se convirtió en la base del acuerdo posterior con arreglo al TCE. Como manifestó un funcionario del organismo local para el desarrollo urbano y el medioambiente frente a la prensa: “Aceptamos las negociaciones porque queríamos terminar con esto, sin llegar al fallo de un tribunal y tener que pagar una indemnización de 1400 millones de euros... Obviamente, hicimos ciertas concesiones a Vattenfall”.⁵⁴

... genera conflictos absurdos con el derecho de la Unión Europea: En 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión dictaminó que Alemania vulneró la legislación ambiental de la UE cuando autorizó la central de Vattenfall.⁵⁵ Para cumplir con la sentencia, las autoridades han ordenado a Vattenfall que se abstenga, temporalmente, de extraer agua de refrigeración del Elba. Puede que ahora deban efectuar otra evaluación del impacto del proyecto. Expertos jurídicos han advertido que, si esta nueva evaluación exige restricciones ambientales más estrictas, ello podría dar lugar a otra demanda de Vattenfall contra Alemania, lo cual “podría actuar como un importante incentivo financiero para no cumplir con el Derecho de la Unión”. O bien podría desembocar en una situación absurda, por la que Alemania podría verse obligada a pagar una indemnización de miles de millones de euros por haber cumplido la legislación de la UE en materia ambiental.⁵⁶

Es realmente inaudito cómo se nos está poniendo en la picota solo por aplicar la legislación alemana y de la UE.

Michael Müller, secretario de Estado parlamentario, Ministerio de Medioambiente de Alemania⁵¹

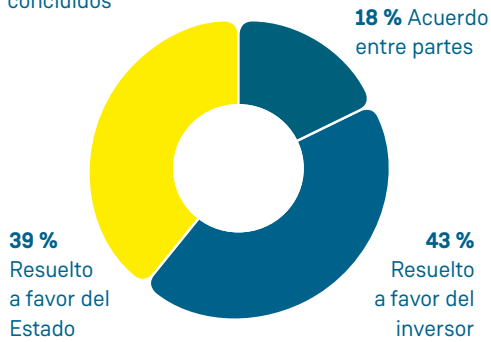
Vattenfall no tenía ningún interés en conseguir una indemnización; Vattenfall quería deshacerse de las restricciones ambientales.

Markus Krajewski, catedrático de la Universidad de Erlangen-Nürnberg⁵³

Imagen 4

Resultados a favor de los inversores⁵⁷

Los inversores ganaron o consiguieron un acuerdo entre las partes en el 61 % de los casos con arreglo al TCE ya concluidos



Tras un cierto ‘arranque lento’ para el régimen de protección de inversiones del TCE, los inversores han empezado a descubrir el tratado.... Dado el conocimiento creciente del tratado por parte de los inversores, es probable que presenciemos un flujo constante de casos durante los próximos años.

Kaj Hobér, abogado y árbitro especializado en inversiones, en 2010⁶²

Un estallido de casos

El número de demandas en virtud del TCE está experimentando un crecimiento notable. Durante los primeros 10 años de vigencia del Tratado, que entró en vigor en 1998, se registraron solamente 19 demandas. Basta comparar esa cifra con las 75 demandas de inversores en el marco del TCE que se han presentado solo en los últimos cinco años (2013-2017).⁵⁸

Hasta la fecha, ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. A fines de 2017, se tenía conocimiento público de un total de 112 demandas de inversores en virtud del TCE.⁵⁹ Son las demandas que conforman la base para las estadísticas de este informe. A principios de junio de 2018, cuando el informe se envió a imprenta, el número había ascendido a 114 casos enumerados en el sitio web de la Secretaría del TCE.⁶⁰ Pero como las partes en conflicto pueden acordar mantener ciertos procedimientos en secreto, ni siquiera la Secretaría está al corriente de todas las demandas en curso, un hecho que suele ser motivo de queja.⁶¹ Teniendo en cuenta esta opacidad, el número real de demandas en el marco del Tratado podría ser mucho mayor.

Imagen 5

Un alud de demandas en virtud del TCE

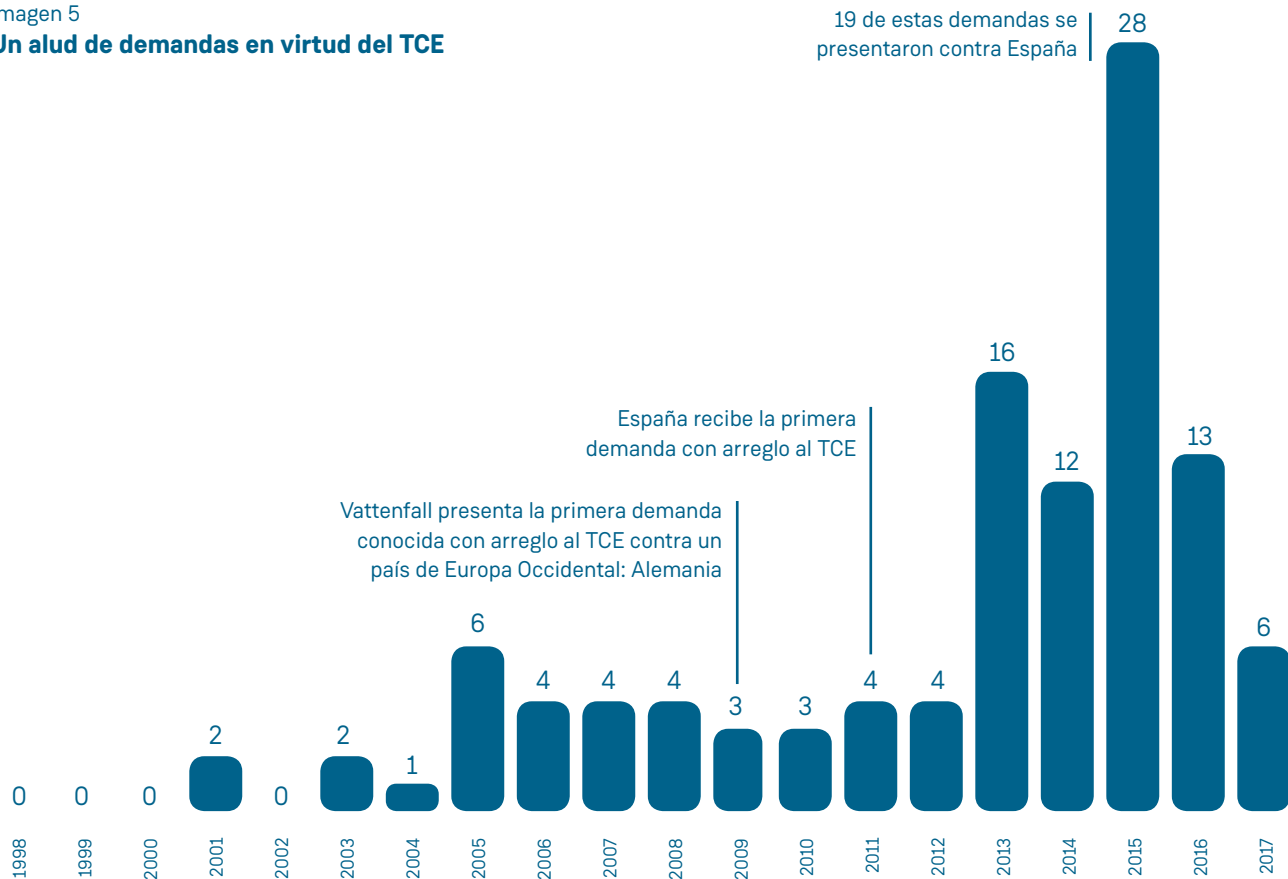



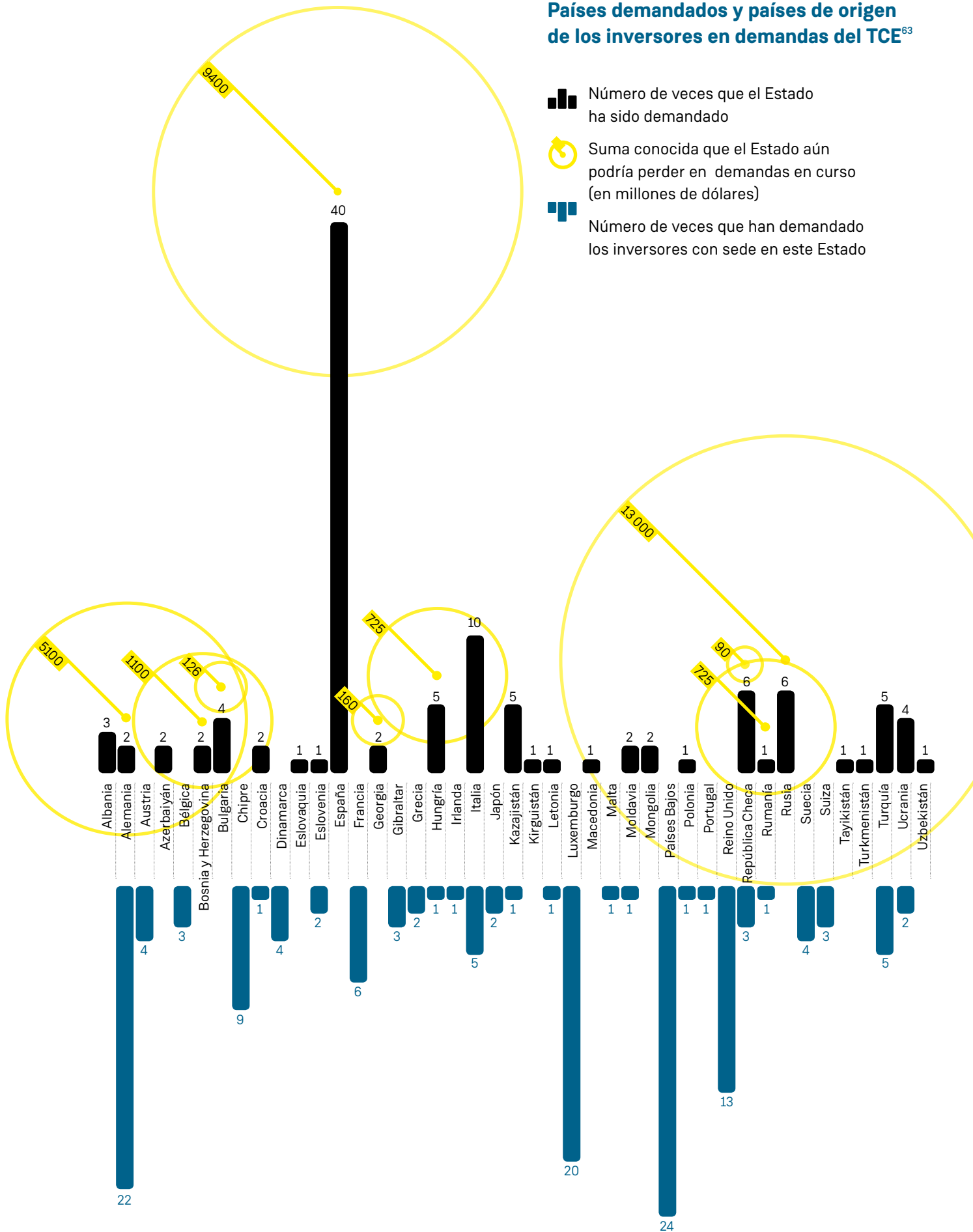


Imagen 6

Países demandados y países de origen de los inversores en demandas del TCE⁶³

-  Número de veces que el Estado ha sido demandado
-  Suma conocida que el Estado aún podría perder en demandas en curso (en millones de dólares)
-  Número de veces que han demandado los inversores con sede en este Estado



El Tratado sobre la Carta de la Energía es, con mucho, el acuerdo internacional de inversión invocado con más frecuencia.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁶⁴

Alguien también podría interponer una demanda contra la UE en su conjunto.

Graham Coop, antiguo abogado jefe de la Secretaría del TCE y actual colaborador del bufete jurídico Volterra Fietta⁶⁸

El mayor tratado de inversión del mundo

El gran alcance geográfico del TCE es una de las razones por las que ha desencadenado más demandas jurídicas que cualquier otro tratado de inversión. El Tratado es aplicable a 48 países⁶⁵ de Europa Occidental y Oriental, Asia Central y Japón, además de la UE en su conjunto y Euratom (Comunidad Europea de la Energía Atómica, que cuenta con los mismos Estados miembros que la UE). Otros cuatro países (Australia, Rusia, Noruega y Belarús) han firmado el TCE, aunque no lo han ratificado (si bien Belarús lo aplica de forma provisional). En palabras de la revista especializada *Global Arbitration Review*: “El número de ciudadanos que abarca el tratado que esperan despertarse mañana por la mañana, encender una tetera o una luz, es enorme”.⁶⁶

Hasta la fecha, el TCE es el único tratado de inversiones con arreglo al cual se podría demandar a la UE en su conjunto. Este aspecto resulta preocupante teniendo en cuenta el papel protagonista —aunque insuficiente— que desempeña la UE en la política relativa a las energías renovables. Si estas políticas se convirtieran en el objetivo de las demandas de los inversores en virtud del TCE, esto podría disuadir a los responsables de políticas de la UE de emprender medidas más ambiciosas con respecto al clima (véase el capítulo 5). De hecho, abogados especializados en inversiones han argumentado que las “acciones directas o indirectas de la UE... por la promulgación de directivas o decisiones de la Comisión Europea, podrían perjudicar las inversiones energéticas y vulnerar las normas de protección prometidas a los inversores extranjeros en el Tratado sobre la Carta de la Energía”.⁶⁷

¿Cómo es posible que el asistente del tribunal se embolsara 1 millón de dólares? ¿Cuánto tiene que trabajar la gente común para ganar tanto dinero?

Especialista en arbitrajes⁷⁵

Cuadro 4

Bonanza para abogados e inversores: desembolsos multimillonarios en los casos Yukos contra Rusia

En 2014, los árbitros de tres demandas vinculadas con el TCE (normalmente conocidas como los casos Yukos) condenaron a Rusia a pagar una astronómica indemnización de 50 000 millones de dólares a los antiguos accionistas del gigante petrolero Yukos, ahora desaparecido.⁶⁹ Según el tribunal, las medidas adoptadas por el Gobierno ruso que condujeron al desmantelamiento de Yukos en 2006-2007 equivalieron a una expropiación indirecta ilegal. El dictamen fue anulado en 2016 por un tribunal neerlandés, que determinó que los árbitros carecían de jurisdicción.⁷⁰ En estos momentos, este fallo se encuentra en proceso de apelación, al tiempo que se produce una segunda ola de demandas de Yukos (por parte de la antigua gerencia de la compañía).

El caso es notable por...

... la colosal suma de dinero que está en juego: La condena de 50 000 millones de dólares contra Rusia —una suma que equivaldría aproximadamente al PIB de Eslovenia—⁷¹ representa el mayor laudo en la historia del arbitraje de inversiones. El total de los costes jurídicos relacionados con el caso —124 millones de dólares, de los cuales Rusia

fue condenada a pagar casi 103 millones — es igual de destacado.⁷² Solo los abogados de Yukos (del bufete Shearman and Sterling, a los que la prensa después denominó “los abogados de los 1065 dólares por hora”)⁷³ facturaron más de 81 millones de dólares en concepto de representación y asistencia jurídica. Juntos, los tres árbitros del tribunal percibieron más de 5,3 millones de euros; su asistente cobró casi 1 millón de euros, una cantidad que multiplica alrededor de 10 veces el salario anual de un asistente para un juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.⁷⁴

...que Rusia perdió aunque nunca había ratificado el TCE: Rusia firmó el TCE en 1994, pero la Duma rusa nunca llegó a ratificarlo. Aún así, los árbitros aceptaron la demanda, al sostener que el TCE era aplicable a Rusia con carácter provisional desde la fecha de su firma (hasta su posterior retirada). Aunque, más tarde, el tribunal neerlandés desechó este razonamiento (argumentando que las disposiciones relativas a la solución de controversias en el marco del TCE eran incompatibles con la Constitución rusa y, por lo tanto, no formaban parte de la aplicación provisional), esta decisión no vincula a futuros tribunales. De hecho, algunos ya la han ignorado y, de nuevo, han admitido jurisdicción sobre las demandas contra Rusia al amparo del TCE.⁷⁶

... el uso abusivo por parte de sociedades pantalla: Resulta destacable cuán fácilmente el tribunal aceptó a los accionistas de Yukos como inversores extranjeros no rusos que podían demandar a Rusia al amparo del TCE. Los árbitros mostraron “cierta simpatía” con respecto al argumento de Rusia, que sostenía que los inversores eran simples sociedades pantalla, que pertenecían a oligarcas rusos y estaba controladas por ellos y, por lo tanto, no eran inversores extranjeros.⁷⁸ Pese a ello, se negaron a levantar el velo de esas compañías y consideraron que bastaba con que tuvieran su sede registrada en otro país (es decir, en Chipre y el Reino Unido). En palabras de un abogado especializado en inversiones: “El Tratado sobre la Carta de la Energía —que se concibió para proteger los intereses de los inversores extranjeros en los Estados anfitriones— se utilizó en realidad para proteger los intereses de inversores nacionales contra su propio Estado”.⁷⁹

... la incompatibilidad del TCE con el Estado de derecho, que se basa en la idea de la igualdad de trato; es decir, que toda persona, independientemente de su riqueza y poder, goza del mismo derecho de presentar un caso ante los tribunales. Sin embargo, el TCE crea un sistema de justicia paralelo que, en la práctica, solo se encuentra al alcance de algunos inversores adinerados. Esto da lugar a una situación absurda en la que, en un régimen represivo como Rusia, los grandes magnates disponen de un mecanismo más para la reparación jurídica al que no pueden acceder, por ejemplo, víctimas de tortura u otras violaciones de los derechos humanos. En lugar de promover el Estado de derecho, este trato desigual puede socavarlo aún más, por ejemplo, al limitar los incentivos para que los Estados anfitriones mejoren las leyes y los sistemas judiciales (véase el cuadro 11, en la página 76, sobre el mito de que el TCE fomenta el Estado de derecho).⁸⁰

Quando iniciamos el arbitraje, todo el mundo nos dijo que estábamos locos... pretendíamos demandar a Rusia en virtud de un tratado que no había ratificado.

Yas Banifatemi, del bufete Shearman & Sterling, que representó a los accionistas de Yukos⁷⁷

Para proteger y defender el Estado de derecho, nuestros ideales de equidad y justicia deben aplicarse en todas las situaciones y por igual a todas las personas. El ISDS, en cambio, es un sistema que se basa en un acceso diferenciado.

Carta abierta de catedráticos universitarios y jueces estadounidenses⁸¹

Miles de millones procedentes de los presupuestos públicos

La información sobre las sumas que se ha condenado a pagar a los Estados o que estos han accedido a abonar como consecuencia de una demanda en el marco del TCE está disponible en el 70 % de los casos. Según estos datos limitados, parece que los Estados han sido condenados o han accedido a pagar a las empresas más de 51 200 millones de dólares en concepto de daños.⁸² Esta cuantiosa cifra equivale, aproximadamente, a la inversión anual necesaria para proporcionar el servicio de electricidad a todas aquellas personas del mundo que carecen de acceso.⁸³ Sin embargo, se trata de una cantidad que se ve distorsionada de forma significativa por el megalaucho de 50 000 millones de dólares dictado en las tres demandas contra Rusia (conocidas como los casos Yukos; véase el cuadro 4 en la página 26). Si se dejan al margen las demandas de Yukos, los 14 casos restantes en los que se conoce la compensación financiera que obtuvieron los inversores ascienden a 1200 millones de dólares en daños y perjuicios, una suma también considerable, suficiente para que 20 millones de hogares se conecten a la red eléctrica en un país como India.

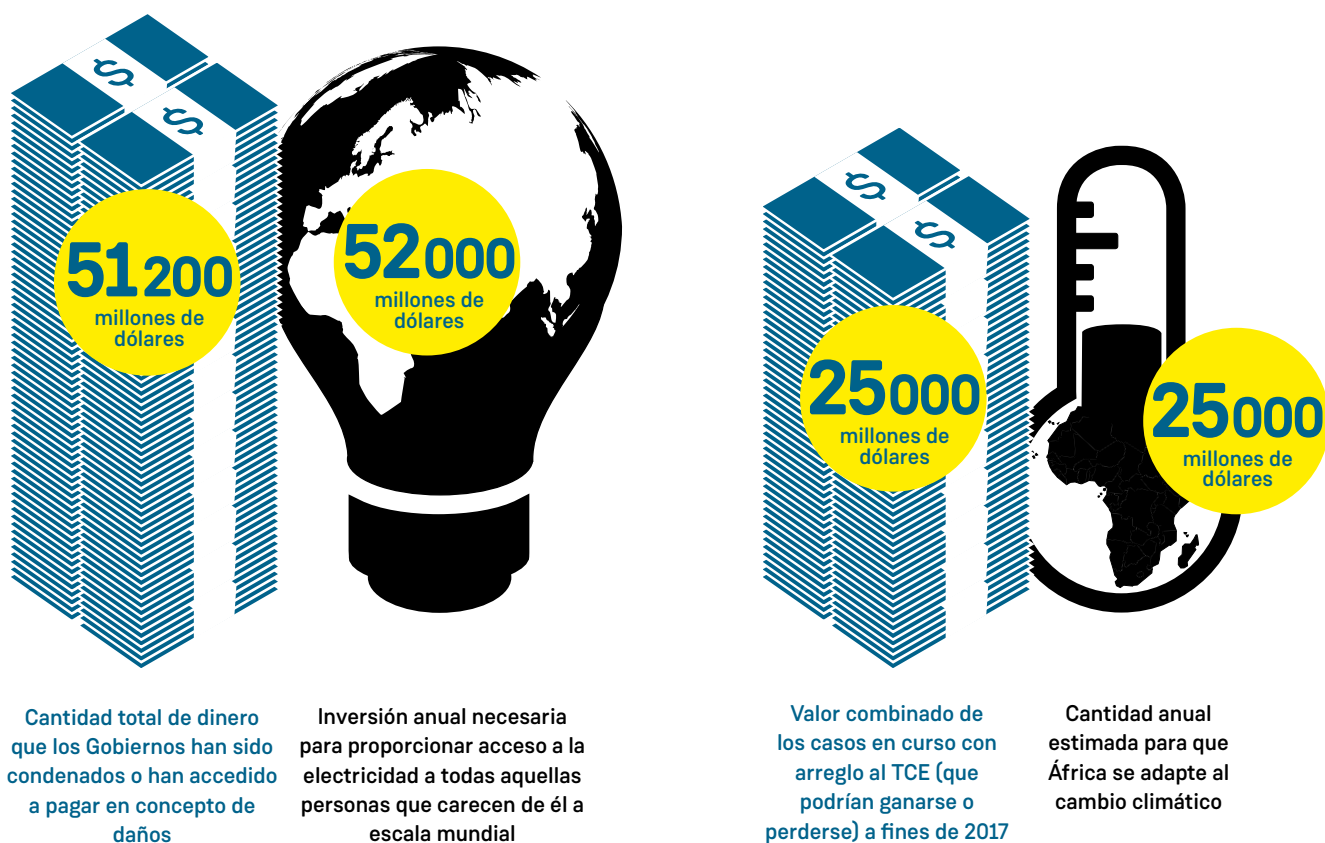
Lo que está en juego son fondos públicos... Quien está pagando por esto no son las grandes empresas... ni nadie que se lo pueda permitir; no, es la pobre gente de la calle.

Abogado especializado en arbitrajes⁸⁴

A esto cabría añadir el hecho de que, a fines de 2017, los casos pendientes en el marco del TCE —es decir, las demandas aún en curso— alcanzaban un valor monetario colectivo de 35 000 millones de dólares.⁸⁵

Imagen 7

Los miles de millones en juego en las demandas inversor-Estado en virtud del TCE



Esa cifra supera con creces la cantidad anual estimada para que África se adapte al cambio climático (entre 20 000 y 30 000 millones de dólares).⁸⁶ El precio astronómico de las demandas en virtud del TCE pone de manifiesto el efecto desastroso que pueden tener en los presupuestos públicos, y cómo pueden hacer que empresas ricas, incluso aquellas contaminantes, se hagan aún más ricas.

Tabla 1

El saqueo de las arcas públicas: los costes de laudos o acuerdos entre partes conocidos en el marco del TCE⁸⁷

País	Responsabilidad financiera conocida en casos TCE (dólares) ⁸⁸	Repercusiones financieras nocivas en el momento del laudo ⁸⁹ Gasto en salud pública para:
Rusia	50 000 millones	20 % del presupuesto estatal anual de Rusia ⁹⁰ o el equivalente del gasto en salud pública para 67 358 211 personas, casi la mitad de la población rusa
Kazajistán	520 millones	1 057 125 personas
España	205 millones	87 090 personas
Albania	136 millones	431 883 personas
Hungría	133 millones	132 075 personas
Mongolia	80 millones	524 590 personas
Moldavia	45 millones	291 667 personas ⁹¹
Eslovenia	22 millones	12 418 personas
Ucrania	16 millones	71 652 personas
Georgia	15 millones	57 143 personas
Letonia	3 millones	7450 personas
Kirguistán	1 millón	27.701 personas

Demandas multimillonarias contra hipotéticas futuras ganancias

A fines de 2017, se tenía constancia de un total de 16 demandas al amparo del TCE en que las empresas habían exigido daños por un valor de 1000 millones de dólares o más (véase el cuadro 2 en la página 45). Uno de los motivos por los que las demandas en virtud del TCE pueden alcanzar cifras multimillonarias es que las empresas demandan no solo para recuperar el dinero que ya han gastado, sino que también pueden reclamar una indemnización por las hipotéticas ganancias perdidas debido a las medidas del Gobierno. Por ejemplo, en su demanda contra Italia al amparo del TCE, la petrolera Rockhopper desea que se le indemnice por el dinero que realmente gastó en explorar un yacimiento petrolífero en el mar Adriático (40-50 millones de dólares) y por otros

Hemos puesto en marcha un procedimiento arbitral para reclamar... al menos todos los costes gastados... que se sitúan en torno a los 40 o 50 millones de dólares, pero idealmente (también) las ganancias que habríamos obtenido si hubiéramos podido explotar el yacimiento... Las ganancias perdidas podrían ascender fácilmente a 200 o 300 millones de dólares.

Sam Moody, director ejecutivo de Rockhopper, en alusión a su demanda contra Italia al amparo del TCE⁹²

Para cualquier país, pero en especial para los más pobres, se trata de una carga significativa para las finanzas públicas. Incluso aunque el Gobierno gane el caso, los tribunales, por lo general, no han condenado al inversor demandante a que pague los costes del demandado.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁹⁷

200-300 millones de dólares que, según la empresa, habría podido obtener allí en caso de que el Parlamento italiano no hubiera prohibido nuevos proyectos de perforación de petróleo en alta mar (véase el cuadro 12 en la página 85).

Según abogados especializados en arbitraje, es habitual que los árbitros que resuelven casos en el marco del TCE “tengan en cuenta el valor financiero actual de flujos de fondos futuros” que podría haber generado una inversión.⁹³ Esto hace del TCE un verdadero cajero automático para las empresas, y un arma peligrosa en manos de la industria de los combustibles fósiles, que ya posee más reservas de petróleo, gas y carbón de las que los científicos climáticos dicen que es seguro quemar.⁹⁴ Si los Estados obligan a las grandes empresas a mantener estos combustibles fósiles bajo tierra, serán susceptibles de unas demandas de indemnización extraordinariamente onerosas por la pérdida de futuras ganancias.

Asfixiados por los costes jurídicos

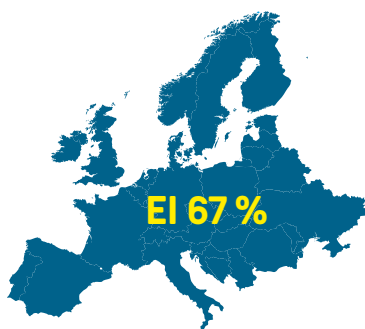
Los arbitrajes de inversión en el marco del TCE son costosos, incluso antes de que se dicte un laudo o se alcance un acuerdo entre las partes. Tanto el Estado como el inversor deben pagar por la administración de un caso. También deben pagar a los árbitros, los testigos y los expertos que, a menudo, están repartidos por todo el mundo y necesitan servicios de traducción y gastos de viaje y dietas. Y tienen que pagar a sus propios abogados.

Los Estados pagan, de promedio, 4,9 millones de dólares en concepto de costes jurídicos por cada caso relativo a una controversia de inversión, pero la factura puede llegar a ser muy superior.⁹⁵ Además, incluso aunque ganen el caso, los costes jurídicos no siempre se otorgan a la parte victoriosa. Según la Secretaría del TCE, los tribunales “por lo general” exigen que las partes compartan los costes administrativos y que la parte ganadora también pague parte de los costes jurídicos.⁹⁶ Esto significa que, incluso cuando las empresas pierden una demanda en virtud del TCE, es posible que los contribuyentes aún deban pagar millones en concepto de honorarios jurídicos.

Tomemos, por ejemplo, el caso de Libananco contra Turquía, en el que estaban en juego 10 000 millones de dólares. Esta fue una de numerosas demandas desestimadas que presentaron miembros y asociados de la acaudalada familia turca Uzan, algunos de los cuales estaban relacionados con acusaciones de fraude por parte de Turquía. Los honorarios que abonó Turquía para defender el caso ascendieron a 35,7 millones de dólares. Pero aunque la demanda fue desestimada en 2011, a Turquía solo se le concedieron 15 millones de dólares de ese total. En un momento en que atravesaba una recesión económica grave y sufría un déficit público enorme, el país tuvo que pagar los 20,7 millones de dólares restantes a sus abogados.⁹⁸

Imagen 8

Cuando los inversores de la UE usan el TCE para demandar a Estados miembros de la Unión



... de todas las controversias de inversión intracomunitarias conocidas se presentaron con arreglo al TCE



... de todas las demandas en virtud del TCE son intracomunitarias

La hipocresía de Europa con respecto al TCE

Un porcentaje notablemente elevado de las demandas presentadas por inversores en el marco del TCE (el 67 % de los casos conocidos hasta fines de 2017) se ha circunscrito al territorio de la UE, es decir, que ha sido presentada por un inversor con sede en un Estado miembro de la Unión contra otro Estado miembro de la misma Unión.⁹⁹ De hecho, casi la mitad de todas las llamadas controversias intracomunitarias (o intra-UE) en materia de inversión conocidas (el 45 %)¹⁰⁰ se interpusieron al amparo del TCE (el resto se enmarcaron en tratados bilaterales). Las 56 demandas intracomunitarias en virtud del TCE que estaban pendientes a fines de 2017 constituyen el 19 % de todas las demandas de inversores conocidas en curso en todo el mundo.¹⁰¹ Los inversores parecen ser muy conscientes de que el TCE les otorga mayores privilegios que las reglas del mercado interno de la UE, y que pueden usarlo para acceder a enormes sumas de dinero de los contribuyentes que, de otro modo, estarían fuera de su alcance.

La avalancha de costosas demandas en virtud del TCE dentro de la UE revela contradicciones profundas en la actitud de las instituciones europeas con respecto al Tratado. La Comisión Europea ha intervenido en repetidas ocasiones en los procedimientos, instando a los tribunales a no admitir las demandas (hasta ahora, en vano).¹⁰³ Al mismo tiempo, la UE está presionando para ampliar el TCE a más Estados signatarios en África, Asia y América Latina (véase el capítulo 4). Parece que la UE desea perfeccionar el TCE como instrumento, otorgando aún más poder a las empresas de la Unión que salen al exterior y, al mismo tiempo, intentando limitar los efectos dañinos sobre sus propios Estados miembros.

¿Una espada jurídica sobre la cabeza del TCE?

Sin embargo, puede que haya otra institución de la Unión que ponga al TCE en graves dificultades. En marzo de 2018, el máximo tribunal de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictaminó que las normas ISDS de unos 200 acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros de la UE vulneran el derecho de la Unión. El argumento principal era que, de acuerdo con los tratados, las cuestiones relativas al derecho europeo se deben decidir en tribunales europeos, mientras que los tribunales arbitrales que dirimen casos que afectan a la legislación de la UE marginan, de hecho, a esos tribunales.¹⁰⁴

Aunque la sentencia no alude explícitamente al TCE, podría tener implicaciones importantes para el Tratado. Por ejemplo, se podría aducir que las reglas de arbitraje del TCE también eluden los tribunales de la UE en materia de derecho de la Unión¹⁰⁶ y que, por lo tanto, deben abolirse o someterse a modificaciones significativas.¹⁰⁷ Aún está por ver si esta decisión afectará al TCE o los arbitrajes al amparo de este acuerdo, y cómo influirán en él.

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) es, con mucho, el tratado de inversión más invocado en las relaciones intracomunitarias.

Abogado del bufete Stibbe¹⁰²

Esta es una decisión fundamental del tribunal, ya que aborda el problema clave de cómo el ISDS socava los sistemas jurídicos nacionales.

Layla Hughes, Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL)¹⁰⁵

Italia y Rusia abandonan el TCE, perseguidas por la cláusula zombi

Hay otra novedad que ha provocado un clima de alarma en la comunidad del TCE, en especial los bufetes de abogados que están ganando mucho dinero con las demandas de los inversores: tras ser blanco de unas onerosas demandas, tanto Rusia como Italia decidieron dar la espalda al Tratado. En 2009, en pleno proceso arbitral del megacaso Yukos (véase el cuadro 4 en la página 26), Rusia dio por terminada su aplicación provisional del TCE (que había firmado, pero que no había ratificado). En diciembre de 2014, Italia se retiró del acuerdo.

El verdadero peligro se halla en el efecto dominó, ya que otras Partes Contratantes del TCE podrían seguir los pasos de Italia.

Mena Chambers, bufete especializado en arbitrajes de inversión, sobre la retirada de Italia del TCE¹⁰⁸

Pese a que Italia justificó oficialmente su decisión aludiendo a la necesidad de recortar gastos administrativos en época de austeridad,¹⁰⁹ se especula con que el verdadero motivo fue el hecho de que se enfrentó a su primera demanda en virtud del TCE en 2014, y que amenazaban más. El Gobierno italiano también tenía previstos varios proyectos en el ámbito de la energía, entre los cuales algunos de polémicos gasoductos y paneles solares, que al parecer deseaba proteger frente a posibles demandas futuras de los inversores.¹¹⁰

Sin embargo, debido a la infame ‘cláusula zombi’ del TCE, tanto Italia como Rusia aún pueden ser demandadas durante otros 20 años con respecto a inversiones efectuadas antes de que entrara en vigor su retirada del Tratado; es decir, hasta octubre de 2029 en el caso de Rusia y enero de 2036, en el de Italia. De hecho, los árbitros ya han admitido nuevas demandas contra ambos países en el marco del TCE (véanse los cuadros 4 y 12 en las páginas 26 y 85).

La oposición al TCE

La gran cantidad y el coste de las demandas que han presentado empresas al amparo del TCE está generando, poco a poco, una corriente de oposición y crítica. Algunos grupos de interés público están abogando por la terminación del TCE o por la abolición de sus reglas de arbitraje en materia de inversiones, e instando a los Gobiernos a que no paguen indemnizaciones multimillonarias en el marco del Tratado.¹¹¹ Sin embargo, hasta ahora, el TCE ha escapado en gran medida de la oleada mundial de oposición que ha afectado durante la última década a la solución de controversias entre inversores y Estados, por ejemplo, en el contexto del acuerdo comercial entre la UE y los Estados Unidos, el TTIP (Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión), ahora estancado.

Grupos de interés público, sindicatos e integrantes de la academia de todo el mundo han instado a los Gobiernos a que se opongan al arbitraje inversor-Estado como el que contempla el TCE. Afirman que no cumple con las normas básicas de independencia e imparcialidad judicial y amenaza la responsabilidad de los Estados de actuar en el interés de la ciudadanía y del planeta. A estas voces se han sumado las de jueces, que también han hecho sonar la alarma con respecto a los

derechos exclusivos y la existencia de pseudotribunales para inversores extranjeros. Por ejemplo, la mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania ha animado a los legisladores a “reducir de forma significativa el recurso al arbitraje en el contexto de la protección de inversores internacionales”.¹¹²

Algunos parlamentos y Gobiernos también han tomado conciencia de las injusticias del arbitraje de inversiones y están intentando salir de él. Varios países han terminado sus tratados bilaterales de inversión (TBI); entre ellos, cabría citar los ejemplos de Sudáfrica, Bolivia, Ecuador, India e Indonesia.¹¹⁴ Sudáfrica ha desarrollado un proyecto de ley sobre inversiones que elimina algunas de las cláusulas más peligrosas del derecho internacional de inversiones y deriva las controversias a los tribunales locales, alejándose así del arbitraje de inversiones en general.¹¹⁵

¿La próxima frontera?

En un momento en que la cantidad de megademandas en el marco del TCE no cesa de aumentar y cada vez más Gobiernos están empezando a abandonar el arbitraje entre inversores y Estados en general, una amenaza aún mayor se cierne en el horizonte: la ampliación del TCE en África, Oriente Medio, Asia y América Latina (véase el capítulo 4).

Este proceso —que, en última instancia, persigue convertir el TCE en una especie de Organización Mundial del Comercio (OMC) para el sector de la energía— está impulsado principalmente por la Secretaría del TCE, la UE, algunos Estados miembros y quienes se benefician cuando los inversores demandan a los Estados en virtud del Tratado: grandes empresas energéticas y abogados especializados en inversiones. En el próximo capítulo analizamos este abanico de actores con mayor detenimiento.

Los inversores no deberían poder arremeter contra decisiones democráticas soberanas mediante procedimientos arbitrales.

Bernd Lange, presidente de la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo¹¹³

Referencias del capítulo 2

- 1 Afganistán, Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Japón, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mongolia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán.
- 2 David Herlihy y Bruce Macaulay (2007) Strategic choices under the ECT, *Global Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 26-28, https://files.skadden.com/sites/default/files/publications%2FPublications1263_0.pdf, 28.
- 3 Dan van der Vat (2018) Ruud Lubbers obituary, *The Guardian*, 19 de febrero, <https://www.theguardian.com/world/2018/feb/19/ruud-lubbers-obituary>.
- 4 Rockhopper Exploration (2017) Commencement of international arbitration, 23 de marzo, <http://rockhopperexploration.co.uk/2017/03/commencement-international-arbitration/>.
- 5 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd. (Caso PCA No. 2011-09). Para más información, véase: Clovis Trevino y Luke Eric Peterson (2015) A look inside the liability and damages holdings in the Khan Resources v. Mongolia uranium arbitration, *Investment Arbitration Reporter*, 12 de mayo, <https://www.iareporter.com/articles/a-look-inside-the-liability-and-damages-holdings-in-the-khan-resources-v-mongolia-uranium-arbitration/>; Joe Zhang (2015) Tribunal found Mongolia liable for unlawful expropriation and awarded more than US\$80 million in damages, *Investment Treaty News*, 4 de agosto, <https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/khan-resources-inc-khan-resources-b-v-and-cauc-holding-company-ltd-v-the-government-of-mongolia-and-monatom-llc-pca-case-no-2011-09/>
- 6 <http://khanresources.com/>.
- 7 Los gastos reales de Khan, que fueron objeto de controversia durante el arbitraje, oscilaron, según el laudo, entre los 16,7 y los 50 millones de dólares: Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09), Award on the merits, 2 de marzo de 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4267.pdf>, párr. 409.
- 8 EVN AG c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/13/17); ENERGO-PRO a.s. c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/15/19); ČEZ, a.s. c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/16/24).
- 9 Georgina Proshan et al. (2013) EVN prepares legal action on Bulgarian electricity dispute, *Reuters*, 19 de marzo, <https://www.reuters.com/article/austria-evn-bulgaria/evn-prepares-legal-action-on-bulgarian-electricity-dispute-idUSL6NOCB6DU20130319>.
- 10 ČEZ Group (2016) Press release. ČEZ commences international investment arbitration proceedings against Bulgaria, 12 de julio, <https://www.cez.cz/en/cez-group/media/press-releases/5615.html>.
- 11 Urban Rusnák (2017) Treaty offers cooperation framework, *China Daily*, 6 de abril, http://europe.chinadaily.com.cn/epaper/2017-12/08/content_35256670.htm.
- 12 Energy Charter Treaty – Europa EU, Press release database, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-94-75_en.htm?locale=EN. Los fondos para las negociaciones procedieron de la UE y las negociaciones fueron gestionadas por un equipo integrado, entre otros, por Charles Rutten, embajador neerlandés jubilado, Clive Jones, director general adjunto de la Comisión Europea, y Sydney Fermantle, del Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido. Véase: Craig S. Bamberger (2008) The negotiation of the Energy Charter Treaty, en *Investment protection and the Energy Charter Treaty*, ed. Graham Coop and Clarisse Ribeiro, JurisNet, xxxix-I.
- 13 Jonathan Bonnitcha et al. (2017) *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, 187-88.
- 14 Craig S Bamberger (2008) The negotiation of the Energy Charter Treaty, en *Investment protection and the Energy Charter Treaty*, ed. Graham Coop and Clarisse Ribeiro, JurisNet, xxxix-I, xl.
- 15 David Samuels (2007) Power surge, *Global Arbitration Review*, 1 de abril, <http://globalarbitrationreview.com/article/1028153/power-surge>.
- 16 E&P Forum (1991) European Energy Charter, 1 de julio. Obtenido a través de una copia en los archivos de la Secretaría del Tratado sobre la Carta de la Energía. En los archivos de las autoras, 1-2.
- 17 *Ibid.*, 4.
- 18 Julia Doré (1995) The Negotiation History of the European Energy Charter Treaty, en *Energy Charter Treaty: Selected Topics*, ed. Thomas W. Wälde and Katherine M Christie, University of Dundee, 1.1-1.15, 1.8.
- 19 Citado en: David Samuels (2007), véase la nota 15.
- 20 Craig S Bamberger (2008), véase la nota 14, xlv.
- 21 Citado en: Lauge N. Skovgaard Poulsen (2011) Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality, http://etheses.lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf, 244.
- 22 Thomas Wälde (1995) Foreword, en *Energy Charter Treaty: Selected Topics*, ed. Thomas W. Wälde and Katherine M Christie, University of Dundee.
- 23 David Samuels (2007), véase la nota 15.
- 24 David Samuels (2017) GAR 200 – 10th edition. Introduction, *Global Arbitration Review*, 10 de marzo, <https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-10th-edition/1137849/introduction>.
- 25 David Samuels (2007), véase la nota 15.
- 26 C.P. Andrews-Speed y T.W. Wälde (1997) Will the Energy Charter Treaty help international energy investors?, *Transnational corporations*, Vol. 5, No. 3, 31-59, 43.
- 27 Lucia Raimanova y Jeffrey Sullivan, citado en: Daria Nochevnik (2015) Energy Charter Treaty: Protecting International Energy Investments From Regulatory and Political Risks, *Elektor*, 28 de octubre, <https://www.elektormagazine.com/news/energy-charter-treaty-protecting-international-energy-investments-from-regulatory-and-political-risks>.
- 28 Carta Internacional de la Energía (2016) El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.
- 29 Petrobart Ltd. c. República Kirguisa (Caso SCC No. 126/2003). Para un comentarios sobre estos temas, véase: Stephen Jagusch y Anthony Sinclair (2007) Gateways to the Energy Charter Treaty, *Global Arbitration Review*, 1 de abril, <https://globalarbitrationreview.com/article/1028154/gateways-to-the-energy-charter-treaty>.
- 30 CIADI, Derechos, Honorarios y Cargos (a partir del 1 de julio de 2017), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>, art. 3.
- 31 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Laudo, 4 de mayo de 2017, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf, párrs. 382, 409.
- 32 Kyla Tienhaara (2017) Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, *Transnational Environmental Law*, 1-22, 3.
- 33 “En los procesos arbitrales del TCE está firmemente establecido que la obligación de garantizar un ‘trato justo y equitativo’ entraña la protección de las expectativas legítimas de los inversores”. Véase: Martin In de Braekt y Wouter Geldhof (2017) Mixed results in recent arbitral awards concerning Spain’s renewable energy policy, 19 de julio, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d384a0ee-31cf-4411-8898-adc714c414b6>.

- 34 Secretaría del Tratado sobre la Carta de la Energía (2012) Expropriation under the Energy Charter Treaty, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Expropriation_2012_en.pdf.
- 35 Finanznachrichten (2011) International PV Investors Demand Compensation or Repeal for Retroactive Spanish PV Tariff Changes Under International Investment Treaty, 8 de marzo, <http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2011-03/19578568-international-pv-investors-demand-compensation-or-repeal-for-retroactive-spanish-pv-tariff-changes-under-international-investment-treaty-007.htm>.
- 36 Hasta la fecha, los tribunales arbitrales han interpretado el artículo 17, que podría proteger a los Estados frente a ciertas demandas de inversores sin una actividad comercial sustancial en el país anfitrión, de una forma muy restrictiva y por lo tanto, no han conseguido acabar con el uso abusivo por parte de sociedades pantalla. Véase, por ejemplo: Paul M. Blyschak (2011) Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 10, No. 2, <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1123&context=global>.
- 37 Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), 1107 de los 2572 tratados internacionales de inversión de los que tiene constancia incluyen una cláusula de alcance general, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iialnnerMenu>, consultado el 7 de abril de 2018.
- 38 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015) UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights, 2 de junio, <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>.
- 39 Según la UNCTAD, 388 de los 2572 tratados internacionales de inversión de los que tiene constancia incluyen una cláusula ‘zombi’ de 20 años, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iialnnerMenu>, consultado el 7 de abril de 2018.
- 40 Anexo 1, hoja “years claims – countries”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 41 Por ejemplo: AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría (II) (Caso CIADI No. ARB/07/22).
- 42 Por ejemplo: Electrabel S.A. c. República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/07/19).
- 43 Crina Balltag citada en: Kabir Duggal (2014) The Energy Sector, Investment Arbitration, and the ECT: Carving Out a Special Regime?, en *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Vol. 7, ed. Ian A. Laird et al., *Juris*, 3-34, 23.
- 44 Patricia Nacimiento et al. (2013) Energy Charter Treaty Arbitration and the CIS Countries, *Global Arbitration Review*, 29 de octubre, <https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2014/1036800/energy-charter-treaty-arbitration-and-the-cis-countries>.
- 45 Anexo 1, hoja “years claims – countries”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 46 Anexo 1, hoja “countries sued”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 47 Mahnaz Malik (2011), The legal monster that lets companies sue countries, *The Guardian*, 4 de noviembre, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2011/nov/04/bilateral-investment-treaties>.
- 48 *Ibid.*
- 49 Anexo 1, hoja “nationality of investors”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 50 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. República Federal de Alemania (Caso CIADI No. ARB/09/6). Request for arbitration, 30 de marzo de 2009, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>, párr. 43.
- 51 Citado en: Sebastian Knauer (2009) Power Plant Battle Goes to International Arbitration, *Der Spiegel*, 15 de julio, <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-power-plant-battle-goes-to-international-arbitration-a-636334.html>.
- 52 Roda Verheyen (2012) Briefing Note: The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg, ICSID proceedings by Vattenfall under the Energy Charter Treaty and the result for environmental standards, 11 de abril, https://www.greenpeace.de/files/publications/icsid_case_regarding_the_vattenfall_coal-fired_power_plant_hamburg-moorburg.pdf.
- 53 Declaración pronunciada en un documental de televisión: Das Erste (2015) Konzerne klagen, wir zahlen: Wie Schiedsgerichte den Rechtsstaat aushebeln, 19 de octubre, minuto 35:10. En este enlace se puede ver una versión con subtítulos en español e inglés: <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w>.
- 54 Declaración en *ibid.*, minuto 34:45.
- 55 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) Sentencia, Asunto C-142/16, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, 26 de abril, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190143&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=870147>.
- 56 Laurens Ankersmit (2017) Case C 142/16 Commission v Germany: the Habits Directive meets ISDS?, *European Law Blog*, 6 de septiembre, <https://europeanlawblog.eu/2017/09/06/case-c-14216-commission-v-germany-the-habitats-directive-meets-isds/>.
- 57 Anexo 1, hoja “outcomes”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 58 Anexo 1, hoja “years claims – countries”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 59 Anexo 1, hoja “all cases”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 60 Carta Internacional de la Energía (2017) List of all Investment Dispute Settlement Cases, <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>.
- 61 Desde 2014, la Secretaría ha tratado de mejorar la transparencia de las demandas con arreglo al TCE, pero, al parecer, no cuenta con el suficiente apoyo de los miembros del Tratado. Véase: Decision of the Energy Charter Conference (2017) Report by the Chair of the Implementation Group, 28 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201720.pdf>, párr. 27. Más recientemente, la Secretaría ha propuesto que se introduzca una tasa administrativa que deberá abonar a la Secretaría todo aquel inversor que desee iniciar un procedimiento arbitral en el marco del TCE, entre otras razones como una herramienta para ayudar a la Secretaría a identificar el número exacto de demandas. Véase: Energy Charter Implementation Group and Strategy Group Meetings. Bruselas, 22 de marzo de 2018. Annotated Agenda; en los archivos de las autoras.
- 62 Kaj Hobér (2010) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 153-190, 190.
- 63 Anexo 1, hojas “countries sued”, “nationality investors”, “amounts claimed”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 64 UNCTAD (2016) World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf, 105.
- 65 Véase la nota 1.
- 66 David Samuels (2007), véase la nota 15.
- 67 Stephen Jagusch y Anthony Sinclair (2007) Gateways to the Energy Charter Treaty, *Global Arbitration Review*, 1 de abril, <https://globalarbitrationreview.com/article/1028154/gateways-to-the-energy-charter-treaty>.
- 68 Kyriaki Karadelis (2011) Interview: Graham Coop, general counsel of the Energy Charter Secretariat, *Global Energy Review*, 19 de septiembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20110919-Coop_GER_Interview.pdf, 7.
- 69 Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación de Rusia. Caso PCA No. AA 227; Hulley Enterprises Ltd. c. Federación de Rusia (Caso PCA No. AA 226); Veteran Petroleum Limited c. Federación de Rusia (Caso PCA No. AA 228).
- 70 Los laudos dictados en el marco del TCE se pueden impugnar por una serie de motivos procesales limitados, que es lo que hizo Rusia ante el

- Tribunal de Distrito de La Haya. Judgment, the Hague District Court, 20 de abril de 2016, C/09/477160/ HA ZA 15-1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7258.pdf>.
- 71 Statistic Times (2018), List of Countries by Projected GDP, 23 de marzo, <http://statisticstimes.com/economy/countries-by-projected-gdp.php>.
- 72 El total de los costes jurídicos engloba los costes del tribunal (8 440 000 euros u 11 416 939 dólares, basados en el tipo de cambio del 14 de julio de 2014, fecha del laudo), los costes jurídicos de los demandantes (79 628 055,56 dólares y 1 066 462,10 libras esterlinas o 1 823 870 dólares) y los costes jurídicos de los demandados (27 000 000 dólares para abogados y 4 500 000 dólares para expertos). Véase Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18 de julio de 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, sección XIII.
- 73 Joanne Harris (2014) Shearman's Yukos case and the \$1,065 per hour lawyers, *The Lawyer*, 28 de julio, <https://www.thelawyer.com/shearmans-yukos-case-and-the-1065-per-hour-lawyers/>.
- 74 Los árbitros recibieron los honorarios siguientes: 103 537 euros (para Daniel Price, el árbitro inicial designado por los demandantes), 1 513 880 euros (para Charles Poncet, que más tarde sustituyó a Daniel Price), 2 011 092 euros (para el juez Stephen Schwebel, que fue designado por Rusia), 1 732 937 euros (para L. Yves Fortier, el presidente del tribunal) y 970 562 euros (para Martin J. Valasek, el asistente del tribunal). Véase Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18 de julio de 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, section XIII. Para la comparación con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, véase: Rob Howse (2017), *The Fourth Man: An Intriguing Sub-Plot in the Yukos Arbitration*, *International Economic Law and Policy Blog*, 29 de marzo, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/the-fourth-man-an-intriguing-sub-plot-in-the-yukos-arbitration-.html>.
- 75 Entrevista con jurista especialista en arbitraje internacional que pidió permanecer en el anonimato, 26 de abril de 2017.
- 76 Luxtona Limited c. Federación de Rusia; Yukos Capital SARL c. Federación de Rusia.
- 77 Citado en: Daniela Páez-Salgado (2015) Gaillard and Banifatemi on Strategy Insights into the Yukos Arbitration at Harvard Law School, *Kluwer Arbitration Blog*, 18 de febrero, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/18/gaillard-and-banifatemi-on-strategy-insights-into-the-yukos-arbitration-at-harvard-law-school/>.
- 78 Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. PCA Case No. AA 227, Interim Award, 30 de noviembre de 2009, <https://www.italaw.com/documents/YULvRussianFederation-InterimAward-30Nov2009.pdf>, párr. 414.
- 79 Vladimir Khvalei, citado en: Kyriaki Karadelis (2014) Is Yukos great for the rule of law?, *Global Arbitration Review*, 29 de julio, <http://globalarbitrationreview.com/article/1033588/is-yukos-great-for-the-rule-of-law>.
- 80 Véase, por ejemplo: Lise Johnson et al. (2017) Investor-State Dispute Settlement: What Are We Trying to Achieve? Does ISDS Get us There?, 11 de diciembre, <http://ccsi.columbia.edu/2017/12/11/investor-state-dispute-settlement-what-are-we-trying-to-achieve-does-isds-get-us-there/>.
- 81 Carta de eminentes especialistas jurídicos al Congreso de los Estados Unidos, 30 de abril de 2015, https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf?tid=a_mcmtx.
- 82 Anexo 1, hoja "cases lost or settled", www.tni.org/ect-annex-1.
- 83 Agencia Internacional de la Energía (2017) Energy Access Outlook 2017. From Poverty to Prosperity, https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf, 13.
- 84 Declaración realizada en '3rd Annual GAR Live Energy Disputes event', Londres, 15 de junio de 2017, <http://gar.live/energy2017>. El acto tuvo lugar de acuerdo con las reglas de Chatham House.
- 85 Anexo 1, hoja "amounts claimed", www.tni.org/ect-annex-1.
- 86 Banco Africano de Desarrollo (2011) The Cost of Adaptation to Climate Change in Africa, <https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Cost%20of%20Adaptation%20in%20Africa.pdf>, 2.
- 87 Anexo 1, hoja "cases lost or settled", www.tni.org/ect-annex-1. Las condiciones exactas de los acuerdos entre partes alcanzados por Azerbaiyán, la República Checa y Macedonia se desconocen. Además, Tayikistán y Eslovaquia perdieron casos, pero no se pagó ninguna compensación monetaria a los inversores.
- 88 Hulley Enterprises c. Rusia (laudo: 39 971 800 000 dólares); Veteran Petroleum c. Rusia (laudo: 8 203 000 000 dólares); Yukos Universal c. Rusia (laudo: 1,846,000,000 dólares); Ascom y Stati c. Kazajistán (laudo: 497 685 101 dólares); Aktau c. Kazajistán (22 700 000 dólares); Eiser c. España (laudo: 139 800 000 dólares); Novenergia c. España (laudo: 65 700 000 dólares); ČEZ c. Albania (laudo: 136 000 000); EDF c. Hungría (laudo: 132,600,000 dólares); Khan Resources c. Mongolia (acuerdo: 96,000,000 dólares); Energoalians c. Moldavia (laudo: 45 429 900 dólares); HEP c. Eslovenia (laudo: 21 900 000 dólares); JKC Oil & Gas y otros c. Ucrania (laudo: 11 800 000 dólares); Remington c. Ucrania (laudo: 4 500 000 dólares); Kardassopoulos c. Georgia (laudo: 15 100 000 dólares); Nykomb c. Letonia (laudo: 2 900 000 dólares); Petrobart c. Kirguistán (laudo: 1 100 000 dólares).
- 89 Salvo que se indique lo contrario, las cifras se calcularon según los datos de la Organización Mundial de la Salud sobre el gasto actual en salud per cápita, <http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDCHEpcUSSHA2011?lang=en>. Debido a la disponibilidad limitada de datos, los cálculos de Kazajistán se basan en el año 2003, los de España, en 2015, y, los de Ucrania, en 2011.
- 90 Facts or "fake news"? New website on Yukos case reflects Russian perspective, *Global Arbitration Review*, 27 de junio de 2017, <https://globalarbitrationreview.com/article/1143615/facts-or-fake-news-new-website-on-yukos-case-reflects-russian-perspective>.
- 91 No hay datos disponibles para el gasto en salud pública en Moldavia, por lo que utilizamos datos relativos al gasto en educación. Véase: *CountryEconomy.com*, Moldova – Government Education expenditure, <https://countryeconomy.com/government/expenditure/education/moldova>.
- 92 Citado en esta presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, <http://www.oilcapital.com/companies/stocktube/8061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>, a partir del minuto 19:00.
- 93 Amy Frey (2016) Not Quite Left Out to Dry: Remedies Under International Investment Treaties Available to Renewable Energy Investors Harmed by Retroactive Legislative Changes, 6 de noviembre, <https://www.kslaw.com/blog-posts/not-quite-left-out-to-dry-remedies-under-international-investment-treaties-available-to-renewable-energy-investors-harmed-by-retroactive-legislative-changes-3>.
- 94 Bill McKibben (2012) Global Warming's Terrifying New Math", *Rolling Stone*, 19 de julio, <http://www.rollingstone.com/politics/news/global-warmings-terrifying-new-math-20120719>.
- 95 Matthew Hodgson y Alastair Campbell (2017) Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, *Global Arbitration Review*, 14 de diciembre, <https://globalarbitrationreview.com/article/1151755/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>.
- 96 Matteo Barra (2015) Overview and Lessons Learnt in Central Asia from Investment Disputes under the Energy Charter Treaty, presentación en el encuentro del Comité Consultivo Industrial de la Carta de la Energía en Beijing, 21 de julio, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/20150721/IAP20150721-S1-MBarra.pdf>, 4.
- 97 UNCTAD (2013) IIA Issue Note. Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, 4.

- 98 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 de septiembre de 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf>, párrs. 558, 569.
- 99 Anexo 1, hoja “intra-EU”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 100 Según la UNCTAD, hasta el 31 de diciembre de 2017 se habían identificado 168 controversias intra-UE; véase: UNCTAD (2018) ISDS Navigator Update: 850+ Known Cases by Year-End, 12 de marzo, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Database/Home/1580>.
- 101 Según la base de datos de la UNCTAD, a fines de diciembre de 2017 había pendientes 297 demandas ISDS, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.
- 102 Wouter Geldhof (2018) The Court of Justice of the European Union Rules that Intra-EU Investment Arbitration is Incompatible with EU Law: Reflections and Consequences for the Energy Charter Treaty, 14 de marzo, <https://www.my.stibbe.com/mystibbe/viewContent.action?key=Ec8teaJ9VapaJ0j318QJil7e00GbnAEFKCLORG72fHz0%2BNbpi2jDfaB8lgiEyY1J8rNblP6GdDpsWg%2Fh4myq2Q%3D%3D&nav=FRbANeucS95NMLRN47z%2Bee0gEFct8EGG0qFfoEM4UR4%3D&uid=DeL3YW1Qmt0%3D&popup=HxapDW%2FMkd4%3D&emailtofriendview=true&freeviewlink=true>.
- 103 En sus intervenciones, la Comisión ha sostenido que la aplicación intracomunitaria del TCE es “incompatible con el Derecho de la Unión”. La Comisión ha señalado dos motivos: que los tribunales de arbitraje dentro de la UE eluden a los tribunales europeos en casos que afectan a la legislación de la UE (cuando estos se deberían resolver exclusivamente en tribunales de la Unión); y que existe “un riesgo de conflicto” entre los derechos sustantivos de los inversores en el marco del TCE y la legislación comunitaria. Ese conflicto es manifiesto, por ejemplo, en el caso Eiser, en el que los árbitros condenaron a España a pagar una indemnización de 128 millones de euros. Por otro lado, la Comisión ha solicitado a España que no la pague, alegando que el inversor no habría ganado el caso en virtud de la legislación de la UE y que abonar esa suma supondría, por lo tanto, una ayuda estatal ilegal. Véase: Comisión Europea (2017) State aid SA.40348 (2015/NN) – Spain. Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, 10 de noviembre, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf, párr. 164. Para una visión general de la posible incompatibilidad entre el TCE y la legislación de la UE, véase: Ciaran Cross y Vivian Kube (2018) Sind Investitionsschiedsverfahren (ISDS) zwischen den EU-Mitgliedstaaten auf Basis der Energiecharta mit dem EU-Recht vereinbar?, http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01_Themen/02_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221_Gutachten_Energiecharta_und_ISDS_in_der_EU.pdf.
- 104 Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de marzo de 2018, En el asunto C-284/16, Slowakische Republik (República Eslovaca) y Achmea BV, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0284>. Para saber más sobre algunas de las implicaciones jurídicas de la sentencia, véase: Client Earth y CIEL (2018) Implications of Achmea, abril, <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2018-04-19-implications-of-achmea-judgment-coll-en.pdf>.
- 105 CIEL (2018) Press release: New European Court of Justice (ECJ) ruling could signal end of intra-EU investor-state dispute settlement, 6 de marzo, <http://www.ciel.org/news/new-european-court-justice-ecj-ruling-signal-end-intra-eu-investor-state-dispute-settlement/>.
- 106 Véase, por ejemplo: Daniel Thym (2018) The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals, EU Law Analysis, 9 de marzo, <https://eulawanalysis.blogspot.de/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>.
- 107 PowerShift (2018) Die Auswirkungen des Achmea-Urteils des EuGH auf die EU-Investitionspolitik, 15 de marzo, <https://power-shift.de/neues-briefing-konzernklagerechte-in-eu-verstossen-gegen-eu-recht-das-achmea-urteil-des-eugh/>.
- 108 Mena Chambers (2015) Note 12 – Italy’s Withdrawal from the Energy Charter Treaty, 5 de mayo, <http://www.menachambers.com/note-12-italys-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>.
- 109 *Ibid.*
- 110 Por ejemplo, según el bufete Paul Hastings: “Puede que el riesgo de futuras demandas, en especial en el sector de las energías renovables, haya influido en la decisión de retirarse del TCE”. Véase: Lorenzo Parola et al. (2015), Italy’s Withdrawal from the Energy Charter Treaty: Which Consequences for Foreign Investors?, 28 de abril, <https://www.paulhastings.com/publications-items/details?id=e40ae469-2334-6428-811c-ff00004cbded>.
- 111 Por ejemplo: Umweltinstitut (2017) Atomausstieg und Klimaschutz vor Gericht, Der Vertrag über die Energiecharta <http://www.umweltinstitut.org/themen/energie-und-klima/energiecharta.html>; PowerShift (2018) Die Auswirkungen des Achmea-Urteils des EuGH auf die EU-Investitionspolitik, 15 de marzo, <https://power-shift.de/neues-briefing-konzernklagerechte-in-eu-verstossen-gegen-eu-recht-das-achmea-urteil-des-eugh/>.
- 112 Deutscher Richterbund (2016) Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015”, Nr. 04/16, 4 de febrero, https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/stellungnahme-deutscher-richterbund-zur-errichtung-eines-investitionsgerichts-fuer-ttip.pdf?__blob=publicationFile&v=6; traducción oficiosa al inglés: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf.
- 113 Parlamento Europeo (2018) Press release: Investment arbitration unacceptable to solve disputes, Lange says on ECJ ruling, 6 de marzo, <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180306IPR99039/investment-arbitration-unacceptable-to-solve-disputes-lange-says-on-ecj-ruling>.
- 114 UNCTAD (2017) World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, 143.
- 115 Para más información sobre Sudáfrica y otras propuestas de reforma en materia de derecho sobre inversiones internacionales en África, véase: Thomas Kendra (2018) Intra-African investment treaties: in search of a new balance, *Global Arbitration Review*, 14 de febrero, https://globalarbitrationreview.com/article/1153206/intra-african-investment-treaties-in-search-of-a-new-balance?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=9172487_GAR%20Headlines%2014%2F02%2F2018&dm_i=1KSF,5GLJB,9GPLBB,L5NAC,1.



Capítulo 3

Bienvenido a la ‘familia’: los grandes beneficiados del Tratado sobre la Carta de la Energía

¿En qué piensas cuando escuchas la palabra ‘familia’? Independientemente de lo que sea una familia para ti, la palabra está pensada para evocar ideales de amor mutuo y estima: por ello, quienes se benefician del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) utilizan la imagen de una familia para promoverlo. Pero la familia del TCE no es un hogar seguro y acogedor. Es un lugar de poder y avaricia, de conflictos de interés y abuso. Y algunos miembros de la familia se benefician enormemente cuando los inversores demandan a los Gobiernos.

Al final, siempre hay una “foto de familia”.¹ Ya sea en la Conferencia anual de la Carta de la Energía, en un taller de capacitación o en un acto público sobre el TCE, a menudo se organiza una sesión fotográfica con lo que a la Secretaría le gusta llamar “la familia de la Carta de la Energía”. A los nuevos Estados signatarios se les recibe con los brazos abiertos.²

Veamos quién forma parte de esta peculiar familia.

3.1 La Secretaría (no tan neutral)

La Secretaría de la Carta de la Energía, con sede en Bruselas, se creó a mediados de la década de 1990. Cuenta actualmente con unos 20 empleados permanentes y está financiada por los Estados miembros del TCE.⁴ Su larga lista de responsabilidades abarca desde “fomentar la adhesión al TCE” y facilitar los debates sobre la reforma del Tratado hasta “prestar asesoramiento y asistencia jurídica neutral e independiente en la solución de controversias”, como “apoyo a la negociación” para alcanzar acuerdos.⁵ Pero la Secretaría es menos neutral de lo que dan a entender estos términos. Más bien, parece actuar como asistente de las grandes empresas y los abogados que se benefician enormemente del TCE.

Las empresas contaminantes llevan las riendas

La Secretaría mantiene vínculos estrechos con compañías energéticas y abogados con ánimo de lucro que ganan dinero cuando los inversores demandan a los Estados con arreglo al TCE. Así lo ilustran de forma notable los órganos consultivos creados por la Secretaría: el Grupo Consultivo del Sector y el Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico.

Es evidente que nuestra familia multinacional está creciendo.

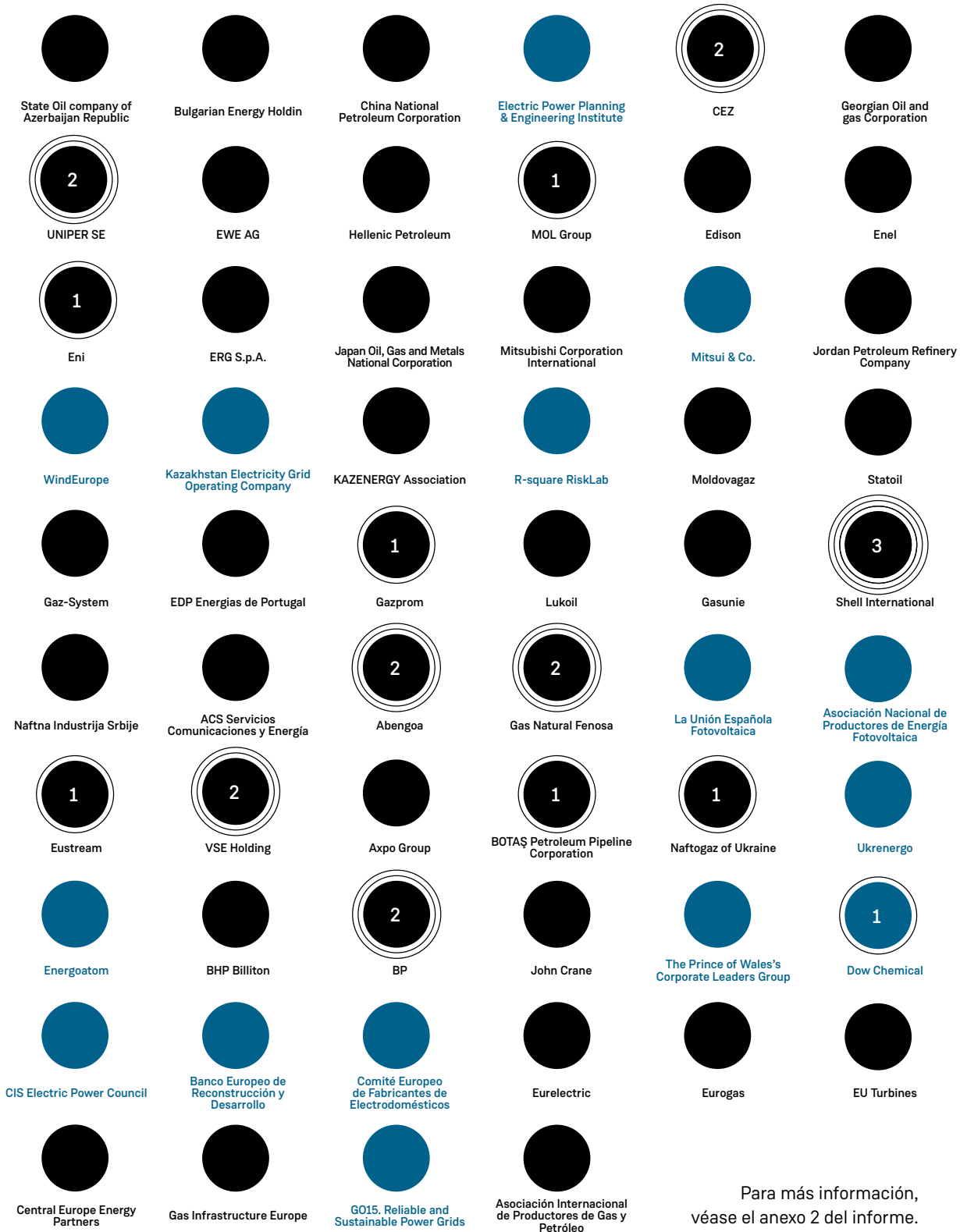
Urban Rusnák, secretario general de la Secretaría de la Carta de la Energía³

La Carta de la Energía otorga una gran importancia a su relación con el sector de la energía.

André Mernier, secretario general de la Secretaría de la Carta de la Energía, 2006-2011⁶

Miembros del Grupo Consultivo del Sector del TCE

- gana dinero con combustibles fósiles (o sus miembros)
- no forma parte del sector de los combustibles fósiles
- número de demandas inversor-Estado en virtud del TCE u otros acuerdos



Para más información, véase el anexo 2 del informe.

El Grupo Consultivo del Sector aglutina a representantes de compañías y asociaciones del ámbito de la energía que proporcionan “asesoramiento sobre políticas” con respecto a “las principales orientaciones del proceso de la Carta de la Energía”.⁷ Sus integrantes tienen un pésimo historial como impulsores del cambio climático: de las 42 empresas que participaban en el grupo en noviembre de 2017, al menos 36 hacen dinero con combustibles fósiles,⁸ cuya quema es una de las principales causas del calentamiento global. Entre ellos, se cuentan algunas de las empresas de petróleo, gas y carbón más ricas del mundo, como la Corporación Nacional de Petróleo de China, Shell, BP, Lukoil, Hellenic Petroleum, Gazprom, ENI y BHP Billiton.

Otros miembros del Grupo Consultivo del Sector representan a distribuidores de energía, financiadores y compañías que simplemente consumen una cantidad enorme de energía para su producción. Howard Chase, el presidente, presumía ante la prensa en 2012 que la empresa para la que trabajaba, Dow, que entonces era la segunda compañía química más grande del mundo, “usa 800 000 barriles equivalentes de petróleo por día, que corresponden al uno por ciento de la producción mundial de petróleo”.⁹ Según un análisis de las grandes empresas químicas efectuado en 2017, Dow emitió 35,4 millones de toneladas de CO₂ en 2016, más de lo que emitieron ese mismo año más de 130 países, entre los cuales Nueva Zelanda, Luxemburgo y los países bálticos.¹⁰

El zorro del ISDS en el gallinero

Varias empresas del grupo consultivo (o sus matrices o filiales) — como las multinacionales del gas y el petróleo Gazprom, Shell, ENI, Gas Natural Fenosa, Naftogaz y BP, y el gigante químico Dow— han demandado a Gobiernos con arreglo a la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS), en ocasiones en el marco del TCE.¹² A escala mundial, a fines de 2017, las empresas del grupo habían estado implicadas en al menos 22 demandas de inversores.¹³ Entre las empresas que han demandado a Gobiernos en virtud del TCE se encuentran la corporación húngara de petróleo y gas MOL, el gigante eléctrico checo ČEZ y el coloso energético español Abengoa.¹⁴ Las empresas del grupo son partidarias fervientes de los privilegios que el TCE reserva a los inversores y han presionado para que se incluyan en otros acuerdos. Por ejemplo, para el proyecto de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y los Estados Unidos, el Grupo Consultivo del Sector pidió unos derechos “de aplicación amplia” para los inversores, con unas excepciones muy limitadas en materia de políticas públicas,¹⁵ incluidas medidas adoptadas por el Gobierno para abordar las repercusiones catastróficas del cambio climático.

En el Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico, otro de los órganos consultivos de la Carta de la Energía que reúne a unos 80 abogados, participan aún más actores que se benefician con el ISDS.¹⁶ Dos tercios

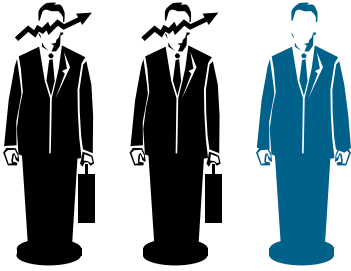
El Grupo Consultivo del Sector se estableció... para fortalecer el diálogo con el sector privado con respecto a las orientaciones principales del proceso de la Carta.

Grupo Consultivo del Sector de la Carta de la Energía¹¹

Creo que la Secretaría se enorgullece de tener tantos casos de ISDS. Les gustaría tener más transparencia en los casos, pero nunca tuve la impresión de que estén preocupados por el gran número de casos.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)¹⁸

Miembros del Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico del TCE



Dos tercios de los abogados tienen intereses financieros en el arbitraje de inversiones.

Esta capacitación ha sido perfectamente concebida para comprender mejor el TCE, para analizarlo realmente ‘por dentro’ y saber cómo, cuándo y por qué usarlo.

Representante de Georgian Oil and Gas Corporation aludiendo a una capacitación sobre los derechos de los inversores en virtud del TCE²⁵

de ellos representan a compañías e instituciones con intereses financieros en el arbitraje de inversiones, como multinacionales que han presentado demandas ISDS (como BP, Shell, Total y Occidental), bufetes de abogados especializados en arbitraje (incluidos casi todos los bufetes con mayor actividad en las demandas con arreglo al TCE; véase el capítulo 3.3) o instituciones que administran las controversias.¹⁷

Asesoramiento interesado

A pesar de que han usado el ISDS de forma agresiva y tienen una huella de carbono tremenda, a los integrantes de los órganos consultivos del TCE se les conceden numerosas oportunidades de influir en interés propio en la Secretaría, los Estados miembros del Tratado y en el proceso general de la Carta. Por ejemplo, las empresas del Grupo Consultivo del Sector contribuyen a las publicaciones de la Secretaría¹⁹ y actúan como oradores en los seminarios y las formaciones de la Secretaría.²⁰ Según su presidente, el Grupo Consultivo del Sector “permite al sector de la energía compartir directamente sus opiniones con los Estados miembros del TCE, que después pueden utilizar estas observaciones en la formulación de políticas públicas”.²¹ En un folleto que promueve el grupo, este “acceso privilegiado” se presenta como algo de especial utilidad para influir en las políticas relativas a las inversiones extranjeras en el sector energético.²²

Un claro ejemplo de cómo los abogados de las empresas pueden aprovechar su acceso preferente a la Secretaría del TCE para promover su propio negocio es un manual que la Secretaría publicó en 2017. Escrito por abogados del Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico, aconseja a los Gobiernos sobre cómo redactar un contrato para grandes proyectos de energía con inversores extranjeros.²³ Entre otras cosas, el manual ofrece una larga lista de “cláusulas de estabilización” modelo que, por ejemplo, pueden prohibir a los Gobiernos aumentar el canon de un proyecto o eximir a un inversor del cumplimiento de ciertas leyes futuras. Las cláusulas de estabilización son muy polémicas porque pueden limitar la capacidad de los Gobiernos para actuar en interés del desarrollo sostenible y los derechos humanos y laborales. Pero los abogados del Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico están bastante contentos con ellas: pueden ganar unos honorarios sustanciosos cuando las cláusulas de estabilización desencadenan costosas demandas de inversores y, por lo tanto, tienen un gran interés en que los Gobiernos las incorporen en los contratos de inversión.

Los grandes bufetes de abogados especializados en arbitraje también proporcionan formadores para los cursos de capacitación sobre el TCE que ofrece la Secretaría. A los abogados, que comparecen en salas llenas de funcionarios gubernamentales, representantes de empresas y estudiantes, se les concede la palabra para elogiar los supuestos beneficios del TCE y minimizar sus riesgos, al tiempo que siembran en las mentes corporativas ideas sobre posibles demandas.²⁴ Muy oportunamente, los participantes de Estados y empresas pueden convertirse en

futuros clientes de los bufetes de abogados, ya sea en el marco del TCE o de otras controversias ISDS.

La Secretaría toca el tambor del TCE en el mundo empresarial

En ocasiones, la propia Secretaría del TCE actúa como un bufete de abogados empresariales, como cuando su personal anuncia a las grandes empresas los privilegios que consagra el tratado para los inversores. Por ejemplo, en un taller que se celebró en enero de 2017, el abogado principal de la Secretaría explicó a las compañías de petróleo y gas cuándo “recurrir al Tratado en situaciones de controversia” y “cómo usar el Tratado desde un comienzo para estructurar los proyectos” de forma que los Estados puedan ser demandados. El programa del taller (‘Análisis en profundidad del Tratado sobre la Carta de la Energía: cómo aumentar la protección de su inversión en energía’) prometía a los participantes: “Ya sea porque esté a punto de iniciar nuevos proyectos en el sector energético o porque le preocupe que la estructuración de su proyecto no sea tan eficaz como podría serlo, apúntese a nuestra... clase magistral para aprender a resolver disputas y reducir su riesgo comercial al invertir en el mercado de la energía”.²⁶

En la misma línea, durante una reunión que tuvo lugar en China en 2015, un miembro de la Secretaría explicó a las empresas de la sala cómo podrían beneficiarse del TCE si China se sumaba al Tratado. Basándose en ejemplos de arbitrajes contra países de Asia Central, destacó “el potencial del Tratado sobre la Carta de la Energía para proteger las inversiones chinas y extranjeras” en el contexto de la Iniciativa del Cinturón y Ruta de la Seda.²⁷ En el marco de esta iniciativa, China prevé gastar cerca de un billón de dólares en proyectos de infraestructura que conecten al país con África Oriental, el Mediterráneo, Europa, Asia Central y Oriente Medio.

Los abogados de inversión entran y salen de la Secretaría

Puede que, teniendo en cuenta su trayectoria profesional, no resulte sorprendente que algunos de los miembros de la Secretaría del TCE estén promoviendo activamente entre las empresas las posibilidades de litigio que ofrece el Tratado. Por ejemplo, todos los asesores jurídicos principales de la Secretaría hasta la fecha, con excepción de uno, han trabajado en bufetes de abogados antes de trabajar en la Secretaría, o se han incorporado a uno después: Alejandro Carballo Leyda (consejero jurídico de la Secretaría desde 2013) entró en la Secretaría después de casi 13 años en el bufete español Cuatrecasas,²⁹ que está asesorando a los inversores en numerosas demandas presentadas contra España al amparo del TCE (véase el apartado 3.3); Graham Coop (consejero jurídico de 2004 a 2011) llegó a la Secretaría tras 10 años con Freshfields y ahora está promoviendo el TCE en Volterra Fietta, un bufete especializado en arbitrajes;³⁰ y Adnan Amkhan (jefe de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de 2000 a 2004) ahora dirige el trabajo relacionado con el TCE en el bufete Mena Chambers.³¹

La Secretaría... da a conocer a la comunidad jurídica y empresarial las disposiciones del tratado relativas a la protección de inversiones y el arbitraje.

Graham Coop, del bufete Volterra Fietta, ex consejero jurídico de la Secretaría (2004-11)²⁸

La puerta giratoria entre la Secretaría y la industria del arbitraje parece estar en plena marcha. Esto alimenta los conflictos de interés, ya que invita al personal de la Secretaría a utilizar sus cargos para generar ganancias privadas, incluido en beneficio de futuros empleadores o antiguos compañeros de trabajo.³² El supuesto “asesoramiento y asistencia jurídica neutral e independiente” de la institución no parece, al fin y al cabo, tan neutral.

3.2 Los inversores que han presentado demandas en base a TCE

Durante los primeros 15 años de vigencia del TCE, las demandas de los inversores en virtud del Tratado estuvieron fundamentalmente relacionadas con los combustibles fósiles: el 70 % de todos los casos con arreglo al TCE conocidos a fines de 2012 estaban vinculados con el petróleo, el gas y el carbón.³³ Este hecho era un reflejo de las tendencias a escala global. Como observaba en 2014 Lexpert, un portal digital de noticias sobre derecho empresarial: “Si solo pudiera llamarse la cuna del arbitraje internacional un único sector industrial... sería el sector de la energía. En especial, el petróleo y el gas”.³⁴ Sin embargo, terminar con la quema de combustibles fósiles representa el mayor desafío para prevenir que el cambio climático se desboque.

El resto de los casos estaban relacionados principalmente con la energía nuclear (14 %) y grandes proyectos hidroeléctricos (8 %). Estos últimos también son importantes emisores de gases de efecto invernadero como el dióxido de carbono y el metano. En algunos casos, las emisiones de grandes represas y embalses de agua pueden incluso superar las que se hubieran producido con la quema de combustibles fósiles.³⁶ Si se analizan las carteras completas de los inversores que habían presentado demandas en virtud del TCE a fines de 2012, se observa que un impresionante 97 % eran empresas de combustibles fósiles o implicadas en proyectos de energía contaminante.³⁷

Demandas multimillonarias de contaminantes y super ricos

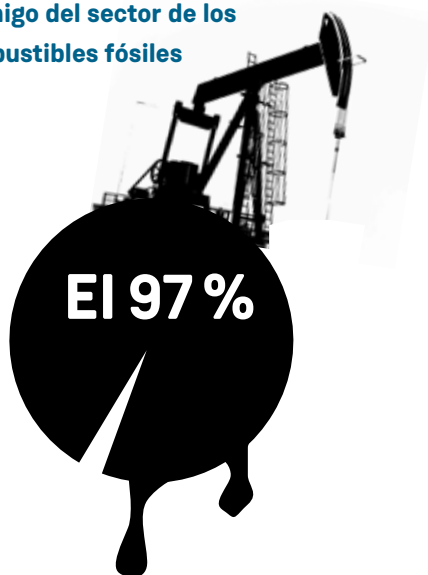
Las empresas de combustibles fósiles y de otros sectores contaminantes dominan la lista de 16 demandas conocidas en el marco del TCE en las que los inversores han reclamado una indemnización por daños de 1000 millones de dólares o más (véase la tabla 2). En todas estas megademandas, excepto en una, están implicadas compañías muy grandes o personas super ricas y fondos de inversión. Este hecho refleja una tendencia más amplia en el arbitraje de inversiones. Según un estudio efectuado en 2016 que analizó más de 250 laudos de demandas ISDS a escala mundial, los principales beneficiarios han sido “compañías grandes o muy grandes y personas muy adineradas (es decir, magnates)”:³⁸ El 94,5 % de las indemnizaciones se adjudicaron a empresas

En cuanto a las fuentes de energía, el principal objetivo del TCE consistía en proteger las inversiones en los tipos de energía convencionales (en particular, petróleo y gas).

Abogada del bufete Allen & Overy³⁵

Imagen 11

El amigo del sector de los combustibles fósiles



... de los inversores que habían demandado en el marco del TCE a fines de 2012 eran empresas de combustibles fósiles o implicadas en proyectos de energía contaminante

Tabla 2
Demandas multimillonarias conocidas en virtud del TCE⁴⁴

Caso TCE	Sector energético	Tipo de inversor⁴⁵	Dinero reclamado (dólares)
Hulley Enterprises c. Rusia	Petróleo	Seis oligarcas rusos	93 000 millones
Veteran Petroleum c. Rusia	Petróleo	Seis oligarcas rusos	16 000 millones
Yukos Capital c. Rusia	Petróleo	Seis oligarcas rusos	13 000 millones
Libananco c. Turquía	Hidroeléctrico	Asociada con una de las familias en su día más ricas de Turquía (Uzan)	10 000 millones
Vattenfall c. Alemania (II)	Nuclear	Una de las mayores empresas de servicios de Europa	5100 millones
Littop c. Ucrania	Petróleo y gas	Asociada con el multimillonario ucraniano Igor Kolomoisky	5000 millones
Yukos Universal c. Rusia	Petróleo	Seis oligarcas rusos	4600 millones
Cementownia c. Turquía (I)	Hidroeléctrico	Asociada con una de las familias en su día más ricas de Turquía (Uzan)	4600 millones
Europe Cement c. Turquía	Hidroeléctrico	Asociada con una de las familias en su día más ricas de Turquía (Uzan)	3800 millones
Cem Uzan c. Turquía	Hidroeléctrico	Millonario turco y miembro de una de las familias en su día más ricas de Turquía (Uzan)	3500 millones
Ascom and Stati c. Kazajistán	Petróleo (y gas)	Anatole Stati (que demandó junto a su hijo y algunas de sus empresas) era el hombre más rico de Moldavia cuando presentó la demanda	2700 millones
PV Investors c. España	Solar	Juntos, los inversores (entre los cuales una sociedad pantalla neerlandesa de AES, una empresa de la lista Fortune 200 con sede en los Estados Unidos) administran más de 30 000 millones de dólares en nombre de otros fondos e inversores	2600 millones
Vattenfall c. Alemania (I)	Carbón	Una de las mayores empresas de servicios de Europa	1400 millones
AES c. Kazajistán	Hidroeléctrico y carbón	Empresa de la lista Fortune 200 con sede en los Estados Unidos	1300 millones
CSP Equity Investment c. España	Solar	Filial registrada en Luxemburgo de Abengoa, una de las empresas más ricas de España cuando se presentó la demanda	1100 millones
EGS c. Bosnia y Herzegovina	Carbón y energía térmica	No está claro. Empresa estatal eslovena sin empleados ⁴⁶	1000 millones

Cuadro 5

El Parlamento se enfrenta a los beneficios de las nucleares – Vattenfall contra Alemania II

El... caso pone de manifiesto las posibles demandas que pueden surgir cuando un Estado decide cambiar radicalmente su política energética por motivos ambientales.

Wendy Miles y Nicola Swan, del bufete Debevoise & Plimpton⁴⁸

Después de su primera victoria al amparo del TCE (véase el cuadro 3 en la página 23), Vattenfall presentó una segunda demanda contra Alemania en 2012, por la que reclamaba 4300 millones de euros, más intereses, por la pérdida de ganancias vinculada con dos de sus reactores nucleares.⁴⁷ La acción legal empezó después de que el Parlamento alemán decidiera acelerar el proceso de abandono de la energía nuclear, tras la catástrofe de Fukushima en 2011, y fuertes protestas antinucleares en todo el país. Entre otras cosas, desde el Parlamento se ordenó el cierre inmediato y permanente de los reactores más antiguos de Alemania, entre los cuales las centrales de Krümmel y Brunsbüttel, de Vattenfall. A raíz de varias averías, ambos ya llevaban años fuera de servicio. El caso sigue abierto en el momento de escribir estas líneas (junio de 2018).

El caso es interesante porque pone de manifiesto que el TCE...

...pone en juego mucho dinero de los contribuyentes: La demanda de 4300 millones de euros presentada por Vattenfall⁴⁹ —una cifra que equivale al 25 % del presupuesto total de salud de Alemania para 2017—⁵⁰ es una de las mayores en la historia del arbitraje entre inversores y Estados. Hasta abril de 2018, el Gobierno alemán había gastado más de 15 millones de euros en costes jurídicos y administrativos para defenderse frente a la demanda. Además, Vattenfall ha gastado 26 millones de euros en sus abogados, una cantidad que también reclama a Alemania.⁵¹

El secretismo es un problema habitual con el ISDS, pero la demanda de Vattenfall ha elevado el problema a nuevas cotas.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)⁴⁶

... deja a la ciudadanía a oscuras: Algunos expertos han criticado al Gobierno alemán por “dejar al público alemán deliberadamente a oscuras” sobre todos los detalles relacionados con la demanda de Vattenfall.⁵² A pesar de los miles de millones de euros de los contribuyentes que están en juego, no se ha hecho público ni un solo documento del caso. Un pequeño grupo de parlamentarios elegidos tiene acceso a los argumentos de Alemania en el proceso, pero solo en un edificio de alta seguridad y no se les permite revelar nada de lo que ven a nadie. Aunque el Gobierno accedió a transmitir en directo una audiencia de 10 días en octubre de 2016, los expertos cuestionaron la utilidad de ese ejercicio: las grabaciones permanentes solo estuvieron disponibles durante dos días y no se prepararon notas de ningún tipo, de forma que la gente tenía que mirar ocho horas por día, durante 10 días seguidos, y los espectadores tenían que seguir los complejos argumentos orales sin ningún material escrito.⁵⁴

Vattenfall no cuestiona en absoluto la decisión de eliminar la energía nuclear en Alemania. Pero insistimos en que se nos compense por las pérdidas financieras derivadas de esa decisión.

Anne Gynnerstedt, consejera de Vattenfall⁵⁶

...crea derechos privilegiados para los inversores extranjeros: Vattenfall, junto con los gigantes alemanes de la energía E.ON y RWE, también demandó a Alemania ante su tribunal constitucional. En 2016, este último confirmó la decisión de abandono de la energía nuclear, pero condenó el hecho de que la velocidad con la que se estaba implantando no permitía a las empresas utilizar unas prestaciones para la producción de electricidad que se habían asignado anteriormente, y ordenó a Alemania que encontrara una solución al problema.⁵⁵ A pesar de que Vattenfall obtuvo justicia en los tribunales alemanes, mantiene, en paralelo, su demanda en el marco del TCE, quizá contando con recibir una cantidad mucho mayor de dinero de los contribuyentes en concepto de indemnización de la que habría estado a su alcance en virtud de la legislación nacional. La mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania ha criticado los sistemas de justicia paralelos como los contemplados en el TCE, que están a disposición exclusiva de los inversores extranjeros, afirmando que “la creación de tribunales especiales para determinados grupos de litigantes representa el camino equivocado”.⁵⁷

con unos ingresos anuales de al menos 1 000 millones de dólares —y en especial a megatransnacionales con más de 10 000 millones de dólares— o a particulares con un patrimonio neto de más de 100 millones de dólares.³⁹

El TCE apuesta por las renovables

Pese a que el TCE inició su andadura como lo que un periodista denominó “el viejo conocido de la industria petrolera”,⁴⁰ las demandas más recientes en el marco del Tratado están relacionadas con fuentes de energía renovable, como la solar y la eólica. Para contextualizar la situación, cabe señalar que este hecho refleja la tendencia de abarataamiento de las renovables, por lo que los Gobiernos están eliminando los programas de ayuda o están recibiendo presiones de los sectores energéticos tradicionales, que son rivales, para que los eliminen. Ello ha desembocado en un auge de demandas de inversores. Mientras tanto, son pocos los Gobiernos que han introducido en el mundo de la energía contaminante el tipo de grandes cambios que exige una acción eficaz en materia de clima (véase el capítulo 5), como bien ilustra la caída de las demandas en curso en este ámbito. Más de dos tercios de las demandas presentadas entre 2013 y 2017 (53 de 75) al amparo del TCE objetan las decisiones del Gobierno en el sector de las energías renovables.⁴¹ A raíz de esta ola de demandas, el 50 % del total de 112 demandas de inversores conocidas en virtud del TCE a fines de 2017 afectaba a las renovables.⁴²

En países como España, Italia y la República Checa, los legisladores, en un primer momento, utilizaron incentivos importantes para impulsar las inversiones en paneles solares y turbinas eólicas, como precios bonificados para la electricidad generada de manera renovable. Cuando la respuesta y los costes de los programas de apoyo superaron las expectativas, los Gobiernos redujeron los incentivos, a veces con carácter retroactivo. Estas decisiones fueron terribles para la transición energética y el clima. Supusieron un cataclismo financiero para muchas personas corrientes que, atraídas por los subsidios, habían convertido campos agrícolas en campos solares, reunido los ahorros familiares y suscrito hipotecas para financiar techos solares. Muchas pequeñas y medianas empresas y municipios también se vieron gravemente afectados por los recortes de los subsidios, en especial en las zonas rurales. Pero esto no significa que las demandas por las renovables sean un argumento a favor del TCE; de hecho, estos casos revelan algunos defectos graves del Tratado y, más en general, del arbitraje de inversiones.

Las grandes empresas contaminantes y financieras se benefician

Cuando analizamos estos casos con mayor detalle, observamos que el TCE difícilmente está actuando como adalid de las pequeñas empresas y las renovables. Un buen ejemplo de ello son los numerosos casos que han cuestionado los recortes de las ayudas destinadas a las energías

Imagen 12
Los turbios secretos de las ‘demandas de las renovables’ contra España



Más de la mitad de las 40 demandas han sido presentadas por inversores con vínculos con los sectores del carbón, el petróleo, el gas y la energía nuclear.

Las instituciones financieras que han financiado inversiones en energía renovable también pueden beneficiarse de las protecciones de los tratados de inversión.

Abogado del bufete Jones Day en un artículo sobre “Recursos internacionales para inversores extranjeros en el sector de las energías renovables en Europa”⁶⁰

Imagen 13

Las demandas en virtud del TCE están dominadas por inversores financieros



El 54 %

... de todas las demandas conocidas en el marco del TCE han sido presentadas por fondos de capital privado u otros tipos de inversores financieros.



... de las 40 demandas presentadas por los recortes en los programas de ayuda a la energía renovable en España fueron presentadas por inversores financieros y no por empresas de energía renovable.

renovables en España. Más de la mitad de las demandas conocidas en virtud del TCE contra el país (21 de 40) implican a inversores que mantienen vínculos con los sectores del gas, el carbón, el petróleo y la energía nuclear.⁵⁸ Entre los casos más irrefutables encontramos a las veteranas alemanas del carbón y las nucleares E.ON y RWE (esta última demanda a través de su filial Innogy, ahora también parte de E.ON.)⁵⁹ y los fondos de inversión RREEF y Masdar (ambos también invierten en combustibles fósiles; para más información sobre los casos españoles, véase el cuadro 6 en la página 50).

En un asombroso 88 % de las demandas presentadas contra España, la parte demandante no es una empresa de energía renovable, sino un fondo de capital u otro tipo de inversor financiero.⁶¹ En total, el 53 % de todas las demandas de inversores conocidas en el marco del TCE hasta fines de 2017 han sido presentadas por inversores financieros, entre los cuales inversores de cartera (como compañías de seguros, fondos de pensiones y fondos de riesgo) y sociedades de cartera, que invierten en acciones, bonos, propiedad intelectual y otros activos, pero que no controlan realmente ninguna empresa ni tienen actividades económicas significativas en el exterior.⁶²

El TCE: un paraíso para las sociedades pantalla

Otra tendencia preocupante es el uso abusivo del TCE por parte de sociedades pantalla (también conocidas como empresas fantasmas). Se trata de empresas registradas en un país, como los Países Bajos, donde tienen pocos empleados (o incluso ninguno) y carecen de una actividad económica real. Algunas grandes empresas usan sociedades pantalla para trasladar sus ganancias y evitar pagar impuestos, pero también para lavar dinero y demandar a los Estados por medio de tantos tratados de inversión como sea posible, una práctica abusiva conocida como ‘búsqueda del tratado más favorable’ (en inglés, *treaty shopping*).⁶³ De los 24 inversores supuestamente ‘neerlandeses’ que habían presentado demandas en virtud del TCE hasta finales de 2017, 23 eran sociedades de este tipo.⁶⁴ Entre ellas, se encuentran Khan Netherlands (utilizada por Khan Resources, una compañía minera canadiense, para demandar a Mongolia; véase el cuadro 1 en la página 14), Isolux Infrastructure Netherlands y Charanne (ambas usadas por los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, dos de los españoles más ricos, para demandar a España).⁶⁵

Estos casos pueden prosperar porque el TCE dispone una definición del término “inversor” excesivamente amplia. Esta, básicamente, dice: cualquier empresa registrada en un Estado contratante del TCE puede demandar a cualquier otro Estado parte del TCE donde posea activos relacionados con el sector de la energía; no es necesario que en ese “Estado de origen” legal se encuentre la base real de la empresa o su sede. Es por este motivo por el que incluso algunas empresas estadounidenses y canadienses han demandado al amparo del TCE, aunque

ninguno de los dos países es parte del Tratado.⁸³ En una era en que las cadenas de suministro están globalizadas y las redes de filiales empresariales son de ámbito universal, la amplitud de la definición de “inversor” que establece el TCE expone a los Estados a un riesgo jurídico impredecible: después de suscribir el acuerdo, los Estados pueden ser efectivamente demandados por inversores de todo el mundo.

3.3 La industria jurídica

El auge de las controversias en el marco del TCE también ha generado una bonanza de beneficios para bufetes de abogados, árbitros y un ejército de especuladores que ganan mucho dinero con las demandas contra los Gobiernos. Han construido una industria multimillonaria cuya interconexión y numerosos intereses financieros plantean serias preocupaciones sobre su capacidad para actuar como intermediarios justos y neutrales en las controversias del TCE.

Abogados especializados en inversiones que alimentan la fiebre del oro en virtud del TCE

Los abogados especializados en arbitrajes han sido impulsores fundamentales del auge de demandas en el marco del TCE. Se dice que la primera demanda conocida (presentada en 2001 por una filial británica del gigante de la energía estadounidense AES) fue idea de un abogado. “Finalmente, se envió la propuesta al cliente” y, de golpe, “se interpuso una demanda en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía”, le explicó a un periodista.⁸⁴ Este papel “pionero” le ha salido a cuenta al bufete Allen & Overy (donde trabajaba entonces ese abogado), ya que ha actuado en más demandas en virtud del TCE que cualquier otro bufete (véase la tabla 3 en la página 53). Con solo 5 de sus 16 casos conocidos en el marco del TCE (los únicos sobre los que se dispone de información pública), los abogados de Allen & Overy han facturado más de 35 millones de dólares en concepto de honorarios.⁸⁵

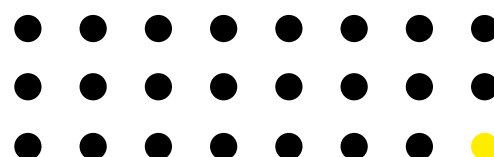
Desde que se presentó la primera demanda al amparo del TCE, los bufetes de abogados han anunciado constantemente a sus clientes las numerosas posibilidades de litigio que ofrece el Tratado, alentándolos a demandar (véase el cuadro 7 en la página 52). Teniendo en cuenta que los costes jurídicos de los arbitrajes ascienden a cifras millonarias (véase la imagen 15 en la página 52), este tipo de trabajo ha convertido al Tratado en un verdadero cajero automático para la industria jurídica. No es de extrañar que los abogados especializados en inversiones consideren que los casos en el marco del TCE son “sexis”.⁸⁷ En total, cinco bufetes de élite —Allen & Overy, King & Spalding, Arnold & Porter, Freshfields y Weil Gotshal— han participado en casi la mitad (46 %) de todas las demandas de inversores conocidas en virtud del TCE.⁸⁸ Es probable que los abogados de inversiones también hayan animado a los clientes

El TCE lleva tiempo en el punto de mira de quienes buscan el tratado más favorable.

Paul M. Blyschak, abogado especializado en arbitrajes⁸²

Imagen 14

Uso abusivo del TCE por parte de sociedades pantalla



23 de las 24 demandas en virtud del TCE presentadas por inversores supuestamente ‘neerlandeses’ son de sociedades pantalla.

Cuando empecé a ejercer, una demanda multimillonaria era algo grande. Ahora hemos llegado a un punto en el que un bufete, en cualquier momento dado, puede tener una cartera de 50 000 o incluso 100 000 millones de dólares en demandas.

George Kahale III, abogado que ha defendido a muchos países en demandas inversor-Estado⁸⁶

Cuadro 6

Cómo España podría ser condenada a pagar a los inversores en energías renovables miles de millones de indemnización por unas ganancias empresariales imaginarias

Desde 2011, España se ha visto afectada por 40 demandas al amparo del TCE, debido a los recortes en las ayudas a las energías renovables.⁶⁶ En medio de una dura crisis financiera y cediendo a la presión de grandes empresas de servicios como Endesa, el Gobierno conservador había revertido las garantías de precios para los productores de energía renovable, cuyos costes habían aumentado. Una de las demandas se ha suspendido y otras dos han sido desestimadas,⁶⁷ pero, hasta abril de 2018, España había perdido dos casos y había sido condenada a pagar 128 millones de euros al fondo de capital privado Eiser, con sede en Londres, y 53,3 millones de euros al fondo Novenergia, con sede en Luxemburgo.⁶⁸ En las 35 demandas pendientes, los inversores están reclamando indemnizaciones por un valor que supera los 9400 millones de dólares,⁶⁹ una suma sobrecogedora, que equivaldría al salario medio anual de 174 983 médicos.⁷⁰ Se han interpuesto casos parecidos contra la República Checa, Italia y Bulgaria.⁷¹

Algunos del selecto grupo de inversores que pueden acceder al ISDS no lo ven solo como una póliza de seguros, sino también como una fuente de ganancias extraordinarias.

Kyla Tienhaara y Christian Downie,
Universidad Nacional Australiana⁷²

El caso es interesante porque pone de manifiesto que el TCE...

... es susceptible de abuso por parte de fondos especulativos que intentan conseguir beneficios extraordinarios:

En el 88 % de las demandas, la parte demandante es un fondo de capital privado y otro tipo de inversor financiero.⁷³ Entre los ejemplos, cabe citar Masdar (un fondo propiedad del Gobierno de Abu Dhabi, que también financia la perforación de petróleo y gas)⁷⁴ y RREEF (parte de DWS, un fondo del gigante financiero alemán Deutsche Bank, que también invierte en carbón, gas y aeropuertos).⁷⁵ Varios de los fondos solo se invirtieron en España después de 2008 o incrementaron sus inversiones en 2010-11, es decir, cuando ya era evidente que el país se encontraba en plena crisis y ya se habían introducido algunos cambios en los programas de ayuda a la energía solar. De las 110 empresas implicadas en demandas en el marco del TCE, al menos 63 invirtieron después de 2008 (en ocasiones, solo comprando parques solares ya existentes); al menos ocho más

continuaron invirtiendo después, a pesar de los cambios.⁷⁶ Posteriormente, estos fondos argumentaron que sus expectativas de ganancias se vieron socavadas por el nuevo marco regulatorio del Gobierno.

... puede llevar a los contribuyentes a sufragar las futuras ganancias imaginarias de las empresas: El tribunal del caso Eiser condenó a España a pagar 128 millones de euros en concepto de indemnización por “la pérdida de flujos de caja futuros”.⁷⁷ Estas son las ganancias imaginarias que el fondo podría haber obtenido con sus plantas de energía solar durante un supuesto período de vida de 25 años, en un contexto hipotético, sin ningún recorte en los subsidios. El Tribunal Supremo español ha desestimado demandas de daños parecidas por ganancias proyectadas en el futuro, al considerarlas de carácter meramente especulativo.⁷⁸ Pero los tribunales del TCE suelen repartir fondos públicos sobre la base de esos sueños corporativos. ¿Quién pagará la factura? Los españoles de a pie, que ya se han visto muy afectados por duras medidas de austeridad, y algunos de los cuales también están lidiando para pagar los préstamos que contrajeron para construir unos techos y campos solares en su día prometedores. Para ellos, no hay ninguna bonanza de indemnizaciones.

...también podría usarse para disputar que se recorten los subsidios a combustibles fósiles que destruyen el clima: En el caso Eiser, el tribunal determinó que España contravino las disposiciones del TCE al “alterar radicalmente” su programa de apoyo a las renovables.⁷⁹ Según los árbitros, España “cruzó la línea” y “violó la obligación de otorgar trato justo y equitativo... cuando el régimen regulatorio anterior”, que había atraído al fondo Eiser, “fue reemplazado definitivamente por un régimen completamente nuevo”.⁸⁰ Este mismo razonamiento podría aplicarse fácilmente si varios Gobiernos sustituyeran el régimen regulatorio actual, que subsidia con miles de millones la energía de petróleo, carbón y gas a escala mundial, por un “régimen completamente nuevo”, que acabara con los subsidios a los combustibles fósiles (véase el capítulo 5).

El ISDS otorga un poderoso instrumento para que una o varias grandes empresas de combustibles fósiles frustren las medidas contra el cambio climático.

Gus van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall⁸¹

a utilizar la amenaza de unas costosas demandas con arreglo al TCE como forma de asustar a los Gobiernos y hacerles ceder. Al aludir al arbitraje de inversiones en general, suelen admitir que están más ocupados blandiendo amenazas de demanda para detener o revertir la acción de los Gobiernos que con la cantidad de casos que realmente desembocan en arbitraje y se hacen públicos. Puede que los casos en virtud del TCE en los que se han usado con éxito esas amenazas empresariales de arbitraje con el fin de bloquear medidas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero nunca salgan a la luz.

Bufetes que se benefician a dos bandas

En ocasiones, algunos abogados astutos han logrado obtener ganancias dos veces: primero, orientando sobre una inversión arriesgada y, después, cuando el riesgo no dio el resultado previsto, asesorando sobre controversias con arreglo al TCE. Por ejemplo, Herbert Smith Freehills primero asesoró a los inversores luxemburgueses RREEF y Antin cuando adquirieron plantas de energía solar térmica en España en 2011 (cuando el país ya estaba recortando sus ayudas a las renovables y dos años antes de que los inversores demandaran a España por esos recortes).¹⁰¹ Más tarde, el bufete defendió al Gobierno español en dos demandas parecidas en virtud del TCE (presentadas por Charanne y PV Investors).¹⁰² En el caso Charanne, los árbitros tildaron la enorme factura por concepto de honorarios de los abogados de “desproporcionada”. No hay que olvidar que quienes pagarán esa factura serán los contribuyentes españoles.

Árbitros que alimentan el auge del arbitraje al amparo del TCE

Los tres abogados privados que resuelven las controversias inversor-Estado en el marco del TCE, los árbitros, tienen un poder enorme: ellos son los únicos que deciden si la decisión de un Gobierno, una sentencia judicial o una ley que emana del Parlamento ha violado los derechos de los inversores en virtud del Tratado, los cuales están formulados de un modo muy vago. Cuando dictan un laudo contra un Estado pueden desviar miles de millones del dinero de los contribuyentes hacia grandes empresas.

Según la revista especializada *Global Arbitration Review*, durante los primeros años de vigencia del acuerdo, “para los casos del Tratado sobre la Carta de la Energía parecía que solo se designaba a suecos desconocidos”. Pero a medida que fueron en aumento las sumas en juego, empezaron a poblar los tribunales cada vez más “árbitros estrella”. Un caso con arreglo al TCE es ahora “algo que todos quieren tener en su CV”.¹⁰⁴ A fines de 2017, el 88 % (22 de 25) de las personas más poderosas en el mundo del arbitraje de los tratados de inversión (los “agentes de poder” identificados en un reciente estudio académico¹⁰⁵) habían actuado en tribunales del TCE.¹⁰⁶

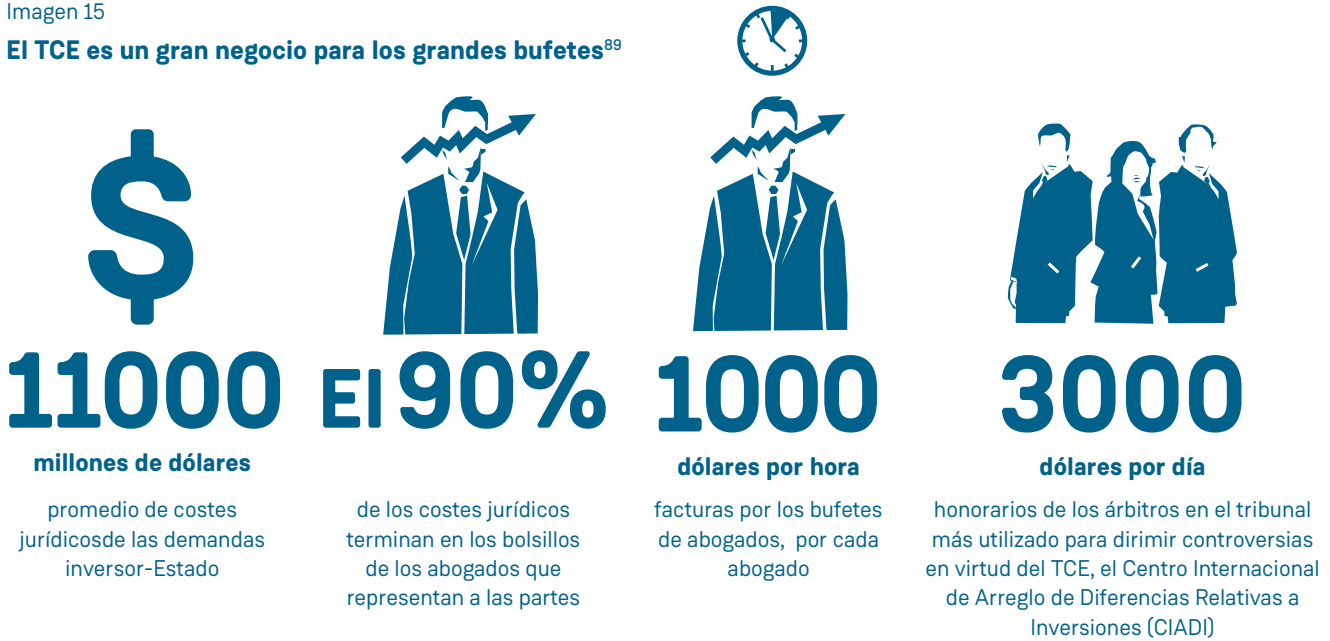
Hago muchísimo trabajo que implica amenazas de demanda que nunca llegan a arbitraje... Eso es mucho más habitual... Es mucho mejor hacer las cosas con discreción.

Michael Nolan, del bufete Milbank, Tweed, Hadley & McCloy¹⁰⁰

Los árbitros de ISDS tienen un amplio poder sobre los presupuestos públicos debido a su autoridad para conceder indemnizaciones sin un máximo limitado a los inversores extranjeros. Los Estados carecen de oportunidades para evitar la responsabilidad después de que los árbitros emiten su decisión.

Gus van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall¹⁰³

El TCE es un gran negocio para los grandes bufetes⁸⁹



Cuadro 7

Cómo anuncian los abogados de inversiones las posibilidades de litigio al amparo del TCE entre sus clientes empresariales

¿Bonanza con las renovables? El bufete Steptoe & Johnson ha explicado a los productores de energías contaminantes que “podríamos contar con argumentos sólidos” para plantear que la introducción de objetivos vinculantes con respecto a la producción de energías renovables contraviene sus “expectativas legítimas de que no se limitaría el porcentaje de energía procedente de fuentes no renovables”.⁹⁰ Según Steptoe, los objetivos en materia de energía verde podrían dar lugar a una violación de la norma del trato justo y equitativo que disponen los tratados de inversión como el TCE, lo cual podría allanar el camino para solicitar indemnizaciones multimillonarias.

¿Bonanza con los impuestos? Los abogados de inversiones a menudo alertan a las empresas sobre el arbitraje internacional como un cauce para disputar los impuestos sobre los combustibles fósiles. Como explica un abogado de King & Spalding: “La economía de un proyecto de energía independiente o de un proyecto de petróleo y gas puede verse gravemente afectada si un Estado anfitrión cambia el régimen fiscal aplicable al proyecto después de que un inversor haya comprometido su capital”.⁹¹ Aunque el TCE no contempla algunas cuestiones fiscales dentro de su alcance, según el abogado, los contratos con “compromisos de estabilización específicos” pueden llenar este vacío y proteger a los inversores de “cambios adversos” en los regímenes

fiscales. No es difícil entender cómo esos argumentos se podrían utilizar para acabar con la imposición de fuertes cargas fiscales concebidas para evitar que se exploten más combustibles fósiles.

¿Bonanza con el *brexit*? Varios bufetes han sugerido que los inversores podrían presentar demandas en virtud del TCE contra el Reino Unido a raíz del *brexit*, la salida del país de la UE.⁹² Desde su punto de vista, los cambios radicales que podría desencadenar el *brexit* en el sector de la energía (como aranceles más elevados para las importaciones de energía o el recorte de los fondos para investigación) podrían entenderse como “la incapacidad del Gobierno del Reino Unido para mantener un marco jurídico”⁹³ y como una contravención de la norma de trato justo y equitativo contemplada por el Tratado. Según ese argumento, “si las modificaciones en el marco regulatorio de la energía renovable en España equivalen a una violación del trato justo y equitativo, también lo hará la retirada del Reino Unido de la UE”. “De hecho, lo hará aún en mayor medida, ya que el Reino Unido ha pasado 40 años en la UE y, hasta la fecha, no se ha retirado de ella ningún otro Estado miembro.”⁹⁴

Los inversores extranjeros ya están estudiando posibles demandas contra el Reino Unido.

Thomson Reuters Practical Law, servicio digital⁹⁵

Tabla 3

Los 10 bufetes más activos en las demandas conocidas en virtud del TCE⁹⁶

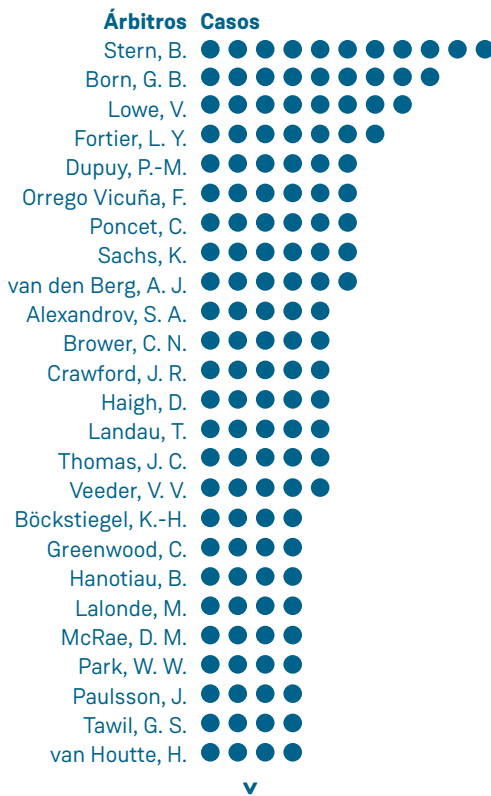
Bufete	Número total de casos en virtud del TCE	Papel en las demandas en virtud del TCE	Qué deberías saber sobre este bufete⁹⁷
Allen & Overy (Reino Unido)	16	Trabaja para los inversores (con muy pocas excepciones).	Presentó la primera demanda de arbitraje con arreglo al TCE en 2001 (del gigante estadounidense de la energía AES contra Hungría). Hoy, su principal activo se encuentra en las demandas contra España: 10 de los 16 compromisos conocidos del bufete en el marco del TCE son contra España. El bufete también representó a AES cuando la empresa disputó el intento de Hungría de frenar las ganancias excesivas de los generadores de energía en 2007.
King & Spalding (Estados Unidos)	15	Solo ha representado a inversores.	Si hay un bufete preferido de las grandes empresas petroleras, es este. Pero en el mundo del TCE está fundamentalmente implicado en demandas contra España e Italia vinculadas con las renovables. También representa a la petrolera británica Rockhopper en una demanda que se presentó contra Italia después de que el país se retirara del TCE, y por la que objeta a que el Gobierno italiano haya prohibido la perforación de petróleo en alta mar.
Arnold Porter Kaye Scholer (Estados Unidos)	10	Solo ha representado a Estados, pero actúa para ambas partes en controversias ISDS en general.	Ningún otro bufete ha sido designado con mayor frecuencia por los Estados en controversias en el marco del TCE. Varios de sus abogados se encuentran en la lista de árbitros del CIADI (y pueden ser elegidos como presidentes de los tribunales cuando las partes no consiguen ponerse de acuerdo).
Freshfields Bruckhaus Deringer (Reino Unido)	10	Ha representado principalmente a inversores.	Es el bufete más activo en controversias ISDS del mundo; en abril de 2018, estaba implicado en 45 casos al amparo de tratados de inversión. Representa a EVN en su demanda contra la decisión de Bulgaria de reducir el precio creciente de la energía.
Weil Gotshal & Manges (Estados Unidos)	9	Ha representado principalmente a Estados, pero actúa para ambas partes en controversias ISDS en general.	Representa a la República Checa en sus seis casos en virtud del TCE (junto con Arnold Porter). También ejerció como consejero para el gigante eléctrico checo ČEZ, que ganó 100 millones de euros con un acuerdo después de que fracasara un proyecto de privatización energética en Albania.
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (España)	8	Solo ha representado a inversores.	Todos sus casos de arbitraje son contra España, incluidas las primeras demandas conocidas de inversores japoneses. ⁹⁸ El abogado principal de la Secretaría del TCE entró en la institución después de casi 13 años con Cuatrecasas, en lo que representa un caso destacable de puertas giratorias.
White & Case (Estados Unidos)	7	Ha representado principalmente a Estados, pero actúa para ambas partes en controversias ISDS en general.	Otro bufete veterano del ISDS, con un total de más de 100 casos manejados ante el CIADI y, en abril de 2018, 35 demandas inversor-Estado en curso.
Latham & Watkins (Estados Unidos)	7	Ha representado tanto a Estados como a inversores.	El segundo bufete más rico del mundo en función de sus ingresos tiene una debilidad especial por las élites españolas: entre otros, ha representado a los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis en sus demandas contra España y, a principios de 2018, contrató al expresidente español José María Aznar como asesor político. ⁹⁹
ArBLit - Radicati di Brozolo Sabatini (Italia)	6	Solo ha representado a inversores.	Un bufete pequeño, dedicado casi en exclusiva al arbitraje internacional. Casi todos sus casos están vinculados con los cambios en el sector de las energías renovables en la República Checa.
Shearman & Sterling (Estados Unidos)	6	Solo ha representado a inversores.	Sus abogados ganaron 1065 dólares por hora con las megademandas de Yukos. Emmanuel Gaillard, árbitro de élite, es la figura más destacada del bufete y atrae un gran volumen de trabajo como consejero en casos de ISDS.

¿Deberíamos dejar que un grupo de abogados insensatos interfiera en la labor de salvar el planeta?

Joseph Stiglitz, economista ganador del Premio Nobel¹⁰⁹

Imagen 16

¿Quién resuelve los casos en virtud del TCE?



44%

actuaron en el 44% de todos los casos en virtud del TCE

Las personas que participan de forma habitual en el arbitraje internacional de inversiones tienen la oportunidad de ejercer una influencia notable en el sistema.

Investigadores de la Universidad de Oslo, en referencia a las puertas giratorias en el arbitraje de inversiones¹¹³

El término “árbitros estrella” alude a un pequeño grupo de abogados comerciales también conocidos como “la mafia interna”.¹⁰⁷ Han acompañado la toma de decisiones en un gran número de demandas de inversores en todo el mundo y, a menudo, combinan su papel como árbitros con otros; por ejemplo, representando a las partes contendientes en demandas relativas a inversiones en calidad de consejeros o académicos.¹⁰⁸

Un gran negocio para la ‘mafia’

Hasta fines de 2017, habían actuado en los tribunales conocidos en virtud del TCE un total de 142 árbitros. Han sido seleccionados por el inversor, el Estado o han actuado como presidente del tribunal (designados por las partes contendientes, los dos árbitros o instituciones como el CIADI). La mayoría de estos árbitros han estado implicados en solo uno o dos casos. Pero un grupo selecto ha sido designado con más frecuencia: 25 árbitros —el 18 % de las personas que han actuado en tribunales en el marco del TCE y apenas el 4 % de todos los árbitros de inversiones conocidos a escala mundial—¹¹⁰ actuaron en el 44 % de los casos en virtud del TCE.¹¹¹

Estos árbitros, en la medida en que actúan repetidamente, tienen un poder enorme para influir en la forma en que se interpretan los privilegios de los inversores. La considerable concentración de casos en sus manos también sugiere que tienen un interés profesional significativo en las demandas en virtud del TCE. Esto es problemático porque plantea el peligro de que los árbitros sean excesivamente receptivos a los intereses de los inversores: cuanto más a cuenta les salga el TCE a los inversores, más probabilidades tendrán de presentar demandas en el futuro, lo cual generará más ingresos para los árbitros. Como sus servicios están muy bien recompensados (véase la imagen 15 en la página 52), existe un incentivo financiero considerable para que interpreten el TCE a favor de los inversores.

En otras palabras: si un médico tiene el patrocinio de una compañía farmacéutica, podemos plantearnos si el medicamento que nos receta es el mejor para nuestra salud; si un funcionario público recibe dinero de un miembro de un grupo de presión, podríamos preguntarnos si las políticas que promueve son de interés público. En la misma línea, si la principal fuente de ingresos y oportunidades profesionales de un árbitro depende de que las empresas apuesten por demandar, deberíamos considerar hasta qué punto son imparciales sus decisiones.

Los diversos papeles de los árbitros

Dos tercios (16) de los 25 superárbitros en el marco del TCE han ejercido como abogados en otros procesos inversor-Estado.¹¹² Este doble papel abre una caja de Pandora de posibles conflictos de interés; por ejemplo, cuando un árbitro debe decidir sin perjuicio sobre una cuestión que también figura en otro caso en el que actúa como consejero. El árbitro

Philippe Sands explica el dilema “que puede surgir si un abogado se pasa una mañana redactando un laudo arbitral que aborda un tema jurídico controvertido y, después, por la tarde, como consejero en un caso diferente, se dedica a redactar un alegato en que presenta argumentos sobre el mismo tema. ¿Puede ese abogado, mientras ejerce como árbitro, separarse por completo de su papel simultáneo como consejero?... En lo que a mí respecta, me resulta difícil imaginar que pudiera hacerlo...”¹¹⁴

Un ejemplo ilustrativo de un árbitro que trabaja en el ámbito del TCE desempeñando varios papeles es el de Stanimir Alexandrov, que ha presidido varios casos contra España. España puso en tela de juicio su imparcialidad como árbitro debido a sus estrechos vínculos con la consultora Brattle Group, que los inversores habían contratado para que evaluara los daños que reclamaban a España en dos casos. Alexandrov ha trabajado con la consultora en otros cuatro casos, en los que actuó como consejero de los inversores. El método que siga un árbitro para calcular los daños puede suponer una gran diferencia en la cantidad de dinero que debe pagar un Estado. Cuando España tuvo conocimiento de los vínculos que mantenía Alexandrov con Brattle Group, el árbitro ya había condenado al país, junto con otro árbitro, a pagar 128 millones de euros al fondo de capital privado Eiser, basándose en los cálculos de la consultora. Posteriormente, se retiró de un segundo caso.¹³²

Interpretaciones del TCE favorables a los inversores

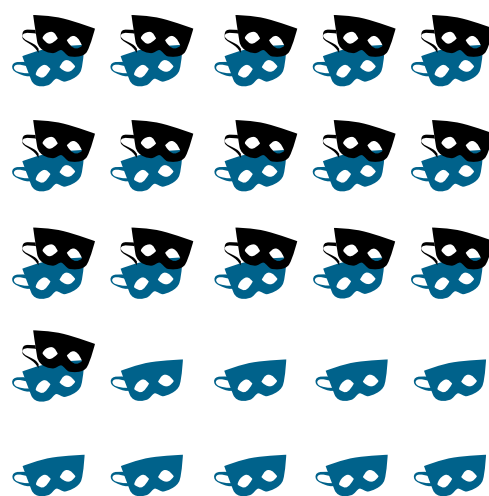
Algunas cláusulas clave del TCE, como el concepto de inversión o inversor, están formuladas de una manera muy vaga. Por lo tanto, los árbitros disponen de amplia discreción para interpretar las reglas del TCE de forma restrictiva (favorable al Estado) o expansiva (favorable al inversor). A escala global, los árbitros han adoptado interpretaciones favorables a los inversores de manera sistemática.¹³³ Este patrón parece ser especialmente marcado en el marco del TCE.

Entre los casos emblemáticos se cuentan Charanne contra España¹³⁵ y Yukos contra Rusia (en que los árbitros admitieron demandas de inversores ‘extranjeros’ que, en realidad, eran nacionales de los países demandados), Energoalians contra Moldavia (en que decidieron que una deuda adquirida en virtud de un acuerdo de suministro eléctrico podría considerarse una inversión)¹³⁶ y los muchos casos en que los árbitros han resuelto que la norma del “trato justo y equitativo” del TCE protege las simples “expectativas legítimas” de los inversores (en que, básicamente, las expectativas se transforman en derechos de propiedad exigibles y se obliga a los Gobiernos a no cambiar la ley si ello frustra las esperanzas de lucro de un inversor).¹³⁷ Estas interpretaciones expansivas no son solo importantes para el caso en cuestión, sino que también incrementan las posibilidades de éxito de los inversores en el futuro, allanando el camino para que se presenten aún más demandas contra los Estados. Esta es una de las principales maneras en que los árbitros perpetúan y amplían el régimen del TCE, y sus oportunidades de hacer negocio.

Muchos de nuestros abogados han ocupado altos cargos gubernamentales, han impartido clases de arbitraje internacional en las universidades más importantes del mundo y han ejercido como árbitros.

Weil Gotshal & Manges, uno de los bufetes más activos en los arbitrajes amparados en el TCE¹¹⁵

Imagen 17
Los diversos roles de los superárbitros en el marco del TCE



16 de 25 han ejercido como abogados en otros procesos relativos a inversiones.

Es importante entender que prácticamente todas las novedades en este campo van en la dirección de ampliar la protección de los inversores más allá de lo que jamás hubieran podido imaginar los Estados que crearon el sistema.

George Kahale III, abogado que ha defendido a muchos países en demandas inversor-Estado¹³⁴

Tabla 4

Algunos de los árbitros más activos en el marco del TCE con una trayectoria en que han tomado partido por las empresas

Número total de demandas en virtud del TCE	Papel en las demandas en virtud del TCE	Bufete	Qué deberías saber sobre este árbitro ¹¹⁶
Gary Born (Estados Unidos)			
9	Designado exclusivamente por los inversores.	Wilmer Hale	Los casos contra España y la República Checa con arreglo al TCE han impulsado su carrera reciente como superárbitro. ¹¹⁷ Un verdadero árbitro de referencia para los inversores, que lo designaron en 18 del total de 20 casos de ISDS en los que ha actuado. ¹¹⁸ En la infame demanda de Philip Morris sobre las leyes antitabaco en Uruguay, Born fue el único árbitro que se puso del lado del gigante del tabaco. ¹¹⁹
Yves Fortier (Canadá)			
7	Nominado por los inversores en tres casos; ha ejercido como presidente en cuatro ocasiones.	20 Essex Street Chambers (2011-) Norton Rose (1992-2011)	Todos los casos ya concluidos en el marco del TCE en los que ha participado Fortier han terminado con una victoria de los inversores, incluido el de Yukos, con el que facturó la astronómica suma de 1,7 millones de euros por sus servicios como presidente del tribunal. Durante muchos años, Fortier formó parte de juntas directivas de empresas, como las grandes mineras Alcan Inc. y Rio Tinto, donde desarrolló una visión del mundo corporativa. ¹²⁰
Charles Poncet (Suiza)			
6	Designado exclusivamente por los inversores.	Poncet Law (2017-) CMS (2014-2017) ZPG Avocats (1986-2014)	Un ejemplo paradigmático de un abogado corporativo convertido en árbitro. Los casos al amparo del TCE constituyen el 60 % de su cartera como árbitro, ¹²¹ pero también ha actuado como consejero para gigantes de la energía como Repsol. ¹²² Fue el árbitro designado por el inversor en los casos de Yukos, por los que facturó 1,5 millones de euros. Parece que, con ello, se ganó la fama de ser favorable al inversor; cuando Rockhopper eligió a Poncet como árbitro en su demanda contra Italia en virtud del TCE, los inversores lo celebraron diciendo que el proceso sería “coser y cantar”. ¹²³ Poncet también forma parte de la junta directiva de la compañía de servicios financieros London Capital Group. ¹²⁴
Stanimir Alexandrov (Bulgaria)			
5	Nominado por los inversores en cuatro casos; ha ejercido como presidente en otro.	Sidley Austin (2002-17); se mantiene como consejero del bufete.	Un ejemplo destacado de múltiples papeles y puertas giratorias. Después de ejercer como viceministro de Asuntos Exteriores y negociador de tratados de inversión con el Gobierno búlgaro, en la década de 1990, se incorporó en el bufete Sidley Austin, desde el que ha demandado a países en procesos de ISDS, actuando como abogado de grandes empresas como Vivendi, Bechtel, Veolia, Philip Morris ¹²⁵ y TransCanada, el promotor de un gasoducto que demandó a los Estados Unidos después de que el Gobierno de Washington detuviera el proyecto contaminante de Keystone XL. ¹²⁶ Sigue actuando extraoficialmente como abogado con Sidley. Muchos Estados han cuestionado su independencia como árbitro con respecto a diversos conflictos de interés, entre ellos en algunos casos en virtud del TCE. ¹²⁷
Charles Brower (Estados Unidos)			
5	Designado exclusivamente por los inversores.	20 Essex Street Chambers (2005-) White & Case (1961-2005)	El “rey indiscutido de los árbitros internacionales” ¹²⁸ y el árbitro supremo a favor de las empresas, que ha actuado en 45 tribunales conocidos de ISDS, pero que nunca ha sido nominado por un Estado. ¹²⁹ Es bien conocido por interpretar a favor de los inversores las cláusulas de los tratados redactadas de forma imprecisa ¹³⁰ y por ser un defensor ardiente del orden establecido en el arbitraje de inversiones. Es contrario a que se introduzcan reformas en el ISDS, por ejemplo, para mejorar la independencia del sistema, y ha censurado a sus colegas que sí abogan por la reforma por “traer termitas a nuestra casa de madera para la solución de controversias entre inversores y Estados”. ¹³¹

La compra de demandas

Otro grupo que parece haber descubierto el TCE como una asombrosa máquina de hacer dinero son los terceros financiadores. Estos fondos de inversión apoyan las demandas de las empresas contra los Gobiernos sufragando parte de los costes jurídicos a cambio de obtener una gran participación de cualquier posible laudo final o acuerdo entre las partes. La financiación de terceros aumenta el riesgo de que se interpongan demandas astronómicas contra los Estados en el marco del TCE, ya que permite a los inversores cuyas demandas se consideraban demasiado costosas conseguir fondos.

Tomemos el ejemplo de la demanda de Rockhopper en virtud del TCE porque Italia prohibió la perforación de petróleo en alta mar (véase el cuadro 12 en la página 85). Los costes jurídicos de la empresa están “totalmente financiados”¹³⁸ por un financiador de litigios desconocido. En otras palabras: a Rockhopper no le está costando nada demandar a Italia. La compañía petrolera puede alargar fácilmente el proceso, incrementando los costes de defensa de Italia y haciendo que el país sea más propenso a ceder a sus exigencias, en lugar de arriesgar el tiempo y los gastos de una batalla jurídica patrocinada por un financiador acaudalado.

Algunas noticias esporádicas sugieren que las sociedades de financiación de controversias son algo cada vez más habitual en los arbitrajes con arreglo al TCE. Allianz Litigation Funding, un financiador de controversias alemán, apoyó una de las primeras demandas en virtud del TCE (Kardassopoulos vs. Georgia¹⁵²), un fondo desconocido está sufragando otra demanda en curso contra Italia (Eskosol¹⁵³) y Vannin Capital, un financiador con sede en el Reino Unido, presume de su “experiencia en la financiación... de demandas al amparo al TCE, en especial en lo que se refiere a España”.¹⁵⁴ Como las compañías no tienen ninguna obligación de revelar si cuentan con fondos externos para patrocinar sus demandas, este tipo de financiadores podrían estar implicados en muchas otras controversias.

¿La próxima bonanza?

Las grandes sumas de dinero que pueden ganar los financiadores cuando los inversores demandan a los Estados quedaron patentes en 2016, cuando Tenor Capital Management, un fondo de alto riesgo de Wall Street, se embolsó el 35 % de un laudo astronómico, de 1400 millones de dólares, contra Venezuela (dictado en virtud del tratado bilateral del país con Canadá). Esta cantidad supuso un rendimiento de más del 1000 % sobre los 36 millones de dólares que Tenor había proporcionado inicialmente para cubrir los costes jurídicos.¹⁵⁶

Según financiadores de controversias y expertos del sector, “en el horizonte se vislumbran” otras oportunidades en el contexto del arbitraje en virtud del TCE, dado que “parece probable que la sustitución

El proceso no nos está costando nada. Si ganamos, debemos entregar parte del dinero al financiador.

Sam Moody, director ejecutivo de Rockhopper, sobre el arbitraje en virtud del TCE presentado por la empresa contra Italia¹³⁹

La financiación de terceros está poco regulada a escala internacional. La identidad de los financiadores de terceras partes no suele ser información pública y, en ocasiones, incluso se le oculta a los países demandados.

Trade Justice Movement UK¹⁵⁵

Cuadro 8

La Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)

Los inversores, cuando demandan a los Estados al amparo del TCE, pueden elegir entre varias instituciones para resolver la controversia. Según un documento de trabajo de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) de 2018, estas instituciones se encuentran en la “cúspide” del sistema de solución de controversias —y podría decirse que de la industria del arbitraje—, ya que “designan a los árbitros y, en especial, a los presidentes de un número significativo de casos de ISDS”.¹⁴⁰ Como las instituciones compiten entre sí para conseguir casos de ISDS, existe una preocupación creciente de que se produzcan “actos en interés propio o incluso algún tipo de corrupción institucionalizada”.¹⁴¹ Por ejemplo, una institución podría designar a un determinado árbitro a cambio de haber sido elegida como administradora en un caso de ISDS anterior, donde el árbitro actuó como abogado del inversor, o viceversa.

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) es la segunda institución más popular entre los inversores para dirimir demandas en virtud del TCE (después del CIADI). De todas las demandas conocidas a fines de 2017, el 20 % estaban administradas por el SCC.¹⁴² Por lo tanto, el SCC desempeña un papel mucho más importante en los procesos con arreglo al TCE que en las demandas inversor-Estado a escala global (de las que tramitó solo alrededor del 5 % de las controversias conocidas).¹⁴³

A continuación, presentamos tres motivos por los que el papel del SCC en los arbitrajes en el marco del TCE resulta extremadamente problemático:

1. El SCC es especialmente opaco. Sostiene que ha administrado un total de 92 controversias entre inversores y Estados,¹⁴⁴ pero la base de datos pública más exhaustiva sobre este tipo de demandas solo incluye 46 de ellas.¹⁴⁵ Por lo tanto, hay casi 50 casos inversor-Estado bajo los auspicios del SCC que se ocultan al público por completo. En lo que se refiere a los demás casos, prácticamente ningún dato sobre el proceso y su resultado es de dominio público. Por este motivo, el SCC es muy poco adecuado para resolver controversias relacionadas con políticas públicas y que entrañan miles de millones de dinero de los contribuyentes.

Las partes que suelen recurrir al SCC lo hacen porque prefieren mantener la confidencialidad del proceso.

Abogados del bufete Weil Gotshal & Manges¹⁴⁶

2. Los arbitrajes en el marco del SCC podrían resultar especialmente costosos para los Estados. Según un análisis de 140 casos inversor-Estado resueltos a escala mundial hasta 2010, los arbitrajes administrados en virtud de las normas de organizaciones comerciales privadas como el SCC tienden a desembocar en laudos más costosos contra los Estados. Los investigadores concluyeron que “los inversores tenían aproximadamente un 60 % menos de probabilidades de recibir un laudo de menos de 1 millón de dólares y un 80 % más de probabilidades de obtener un laudo de más de 500 millones de dólares cuando se recurría a instituciones comerciales, como el... SCC (por ejemplo, en comparación con el CIADI)”.¹⁴⁷

La participación muy activa de miembros del consejo directivo del SCC en el proceso de toma de decisiones del SCC... es una de las características del arbitraje en el marco del SCC.

Instituto de Arbitraje del SCC¹⁴⁸

3. Las grandes empresas y la industria jurídica mantienen un control firme sobre los arbitrajes en el marco del SCC, lo cual los hace propensos a conflictos de interés. Las decisiones principales —como el nombramiento del influyente presidente del tribunal (cuando las partes no están de acuerdo con el nombramiento), la sustitución de árbitros (por ejemplo, si se cuestiona su imparcialidad) y la determinación de sus honorarios— dependen de la junta del Instituto de Arbitraje.¹⁴⁹ La junta reúne a 15 expertos jurídicos de grandes bufetes de abogados especializados en arbitraje (por ejemplo, Freshfields, Arnold & Porter y King & Spalding, que se encuentran entre los bufetes más activos en el ámbito del TCE), grandes empresas (como el gigante químico Pfizer y la multinacional de las telecomunicaciones Ericsson) y árbitros (como Kaj Hobér, el actual presidente de la junta).¹⁵⁰ ¿Recusarán a un árbitro que desempeñe un papel importante en otro arbitraje en el que estén involucrados? ¿No tenderán a elegir árbitros con una visión empresarial del mundo? ¿Y cómo podrá decidir la junta si su decisión afecta a uno de sus miembros (como en el caso de FREIF Eurowind Holdings Ltd contra España, donde Kaj Hobér es el árbitro designado por el inversor)?¹⁵¹ Los numerosos posibles conflictos de interés hacen que el SCC sea un organismo totalmente inadecuado para resolver controversias que afecten a políticas públicas y fondos públicos.

progresiva del carbón y el gas por las energías renovables y el debate sobre los beneficios de la energía nuclear hagan que este sector siga siendo controvertido, en especial en Europa”.¹⁵⁷ Por ejemplo, Vannin Capital prevé más demandas inversor-Estado relativas a redes de distribución de energía (por ejemplo, en Francia), flujos transfronterizos de energía (como en el Reino Unido), energía solar y eólica (por ejemplo, en el sur de Europa y Alemania) y procesos fallidos de privatización energética (en Europa Oriental).¹⁵⁸

Según la prensa, existe al menos un caso en virtud del TCE en que un financiador incluso ha adquirido una sentencia que emitió un panel de árbitros contra un Estado: después de que el fondo de capital privado Eiser ganara un proceso de 126 millones de dólares en una demanda contra España, parece haber vendido este laudo a un financiador desconocido.¹⁵⁹ Esta práctica es conocida en Argentina, donde unos astutos fondos buitres compraron laudos de inversores que habían ganado —pagando, aproximadamente, el 30 % del valor del laudo— y, después, se dedicaron a perseguir al país para cobrar el pago completo.¹⁶⁰ Al igual que Argentina, España podría ahora verse perseguida por un cobrador de deudas con unos recursos jurídicos ingentes y que, seguramente, tarde lo que tarde en conseguir el dinero, no desistirá en su empeño.

Referencias del capítulo 3

- 1 A principios de febrero de 2018, al buscar “foto de familia” (“family photo”) en el sitio web <https://energycharter.org/>, aparecían más de 30 resultados.
- 2 Por ejemplo: Carta Internacional de la Energía (2017) Gambia becomes the most recent Signatory in the Energy Charter Family, 24 de agosto, <https://energycharter.org/media/news/article/gambia-becomes-the-most-recent-signatory-in-the-energy-charter-family/>.
- 3 Urban Rusnák (2017) Concluding remarks at the 28th Ministerial Meeting of the Energy Charter Conference, 28-29 de noviembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/20171130-Concluding_Remarks_Rusnak_28th_ECC_Ashgabat.pdf.
- 4 Carta Internacional de la Energía, The Energy Charter Secretariat, <https://energycharter.org/who-we-are/secretariat/overview/>.
- 5 Decision of the Energy Charter Conference (2016) Programme of Work priorities for 2017, 20 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201630.pdf>, 6-7; Decision of the Energy Charter Conference (2017) Programme of Work for 2018-2019, 25 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201713.pdf>, 12, 16; International Energy Charter, Dispute Settlement, <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/overview/>.
- 6 André Mernier (2011) Message from the Energy Charter Secretary General, IAP Insights, noviembre, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/IAP_Insights_2011.pdf, 2.
- 7 Carta Internacional de la Energía, Industry Advisory Panel, <https://energycharter.org/who-we-are/industry-advisory-panel/>.
- 8 Anexo 2, hoja “Industry Advisory Panel”, www.tni.org/ect-annex-2.
- 9 Citado en: Karel Beckman (2012) Good cop, bad cop, Elektor, 22 de noviembre, <https://www.elektormagazine.com/news/Good-cop-bad-cop>.
- 10 CDP (2017) Catalyst for change. Which chemical companies are prepared for the low carbon transition? Executive summary, octubre, https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcdd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/683/original/CDP_Chemicals_2017.pdf, 4; Comisión Europea (2017) Fossil CO₂ & GHG emissions of all world countries, 2017, <http://edgar.jrc.ec.europa.eu/overview.php?v=CO2andGHG1970-2016&sort=des9>.
- 11 Grupo Consultivo del Sector (2013) IAP Insights 2013, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/IAP_Insights_2013.pdf, 6.
- 12 OAO Gazprom c. República de Lituania (Caso CPA No. 2011-16); Shell Philippines Exploration B.V. c. República de Filipinas (Caso CIADI No. ARB/16/22); Shell Nigeria Ultra Deep Limited c. República Federal de Nigeria (Caso CIADI No. ARB/07/18); Shell Brands International AG y Shell Nicaragua S.A. c. República de Nicaragua (Caso CIADI No. ARB/06/14); Eni Dación B.V. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/07/4); Gas Natural Fenosa c. República de Colombia; Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI No. ARB/14/4); NJSC Naftogaz of Ukraine, PJSC State Joint Stock Company Chornomornaftogaz, PJSC Ukrgasvydobuvannya y otros c. Federación de Rusia (Caso CPA No. 2017-16); BP America Production Company y otros c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/04/8); Dow AgroSciences LLC c. Gobierno de Canadá.
- 13 Anexo 2, hoja “Industry Advisory Panel”, www.tni.org/ect-annex-2.
- 14 ČEZ c. República de Albania; ČEZ, a.s. c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/16/24); MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. República de Croacia (Caso CIADI No. ARB/13/32); CSP Equity Investment Sarl c. Reino de España (Caso SCC No. 094/2013). CSP es una filial de Abengoa con sede en Luxemburgo.
- 15 Grupo Consultivo del Sector (2014) Contribution to the online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), <http://trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds/index.cfm?id=130504522561818214&type=2>.
- 16 Carta Internacional de la Energía, Legal Advisory Task Force, <https://energycharter.org/who-we-are/legal-advisory-task-force/>.
- 17 Anexo 2, hoja “Legal Advisory Task Force”, www.tni.org/ect-annex-2.
- 18 Correo electrónico dirigido a las autoras, con fecha 12 de abril de 2018. En los archivos de las autoras.
- 19 Carta Internacional de la Energía (2016) Why your company should join the Industry Advisory Panel (IAP), http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2016_Why_join_the_IAP.pdf.
- 20 Véase, por ejemplo, el programa de esta formación: Secretaría de la Carta de la Energía (2013) Executive Training Programme for Tomorrow’s Energy Decision Makers: Addressing Global Energy Challenges and Building a Sustainable Future based on International Cooperation, 6-8 de mayo, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Trainings/TP1_Programme.pdf.
- 21 Howard Chase (2010) Foreword, IAP Insights 2010, noviembre, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/IAP_Insights_2010.pdf, 1.
- 22 Carta Internacional de la Energía (2016), véase la nota 19.
- 23 Carta Internacional de la Energía (2017) Handbook on general provisions applicable to investment agreements in the energy sector, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Other_Publications/20171116-newHandbook.pdf.
- 24 Véase, por ejemplo, esta presentación de una de las capacitaciones: Graham Coop (2015) Dispute Resolution Clause, presentation at the Energy Charter workshop on “Complex Contract Negotiations in the Energy Sector”, 3 de noviembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/CCNG_2015_Graham_Coop.pdf.
- 25 Citado en: Secretaría de la Carta de la Energía (2013) Executive Training Programme for Young Energy Leaders: Rising to the Energy Security Challenges of Tomorrow by applying Effective Investment Protection Strategies Today, 28-30 de octubre de 2013, opiniones de los participantes, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Trainings/TP2_Interviews.pdf, 3.
- 26 C5 (2017) A Deep Dive into the Energy Charter Treaty. Increase Protection of your Energy Investments, <https://www.c5-online.com/upstream-oil-and-gas-disputes-540117-lon/workshops/123/>.
- 27 Matteo Barra (2015) Overview and Lessons Learnt in Central Asia from Investment Disputes under the Energy Charter Treaty, presentación en el encuentro del Comité Consultivo Industrial de la Carta de la Energía en Beijing, 21 de julio, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/20150721/IAP20150721-S1-MBarra.pdf>, 1.
- 28 Kyriaki Karadelis (2011) Interview: Graham Coop, general counsel of the Energy Charter Secretariat, Global Energy Review, 19 de septiembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20110919-Coop_GER_Interview.pdf, 1.
- 29 Véase el perfil de Leyda en LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/alejandro-carballo-leyda-12871122/>.
- 30 Véase el perfil de Coop en LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/graham-coop-5789451/>.
- 31 Véase el perfil de Amkhan en el sitio web de Mena Chambers: <http://www.menachambers.com/people/adnan-amkhan-bayno/>.
- 32 La Secretaría tiene un manual para el personal y un código de conducta que se aplica a todos sus funcionarios y que contiene muchas declaraciones de intenciones, por ejemplo, para “evitar situaciones que puedan dar lugar a conflictos reales, percibidos o potenciales entre nuestros intereses personales y los del Organización”. Pero parece que no existen mecanismos para controlar que el personal cumpla con las reglas. Véase: Carta Internacional de la Energía (2017) Code of Conduct, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/20171124-Code_of_Conduct.pdf.

- 33 Anexo 1, hoja “cases relating to dirty energy”, www.tni.org/ect-annex-1
- 34 Anthony Davis (2014) Energy sector driving major growth in international arbitration, Lexpert, 1 de febrero <http://www.lexpert.ca/article/energy-sector-driving-major-growth-in-international-arbitration/>.
- 35 Stephanie Grace Hawes (2016) The Energy Charter Treaty: new energy, new era, Thomson Reuters Practical Law, 2 de septiembre, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-energy-charter-treaty-new-energy-new-era/>.
- 36 International Rivers (2007) Greenhouse Gas Emissions from Dams FAQ, 1 de mayo, <https://www.internationalrivers.org/resources/greenhouse-gas-emissions-from-dams-faq-4064>.
- 37 Los proyectos de energía contaminante se refieren a proyectos en los sectores de los combustibles fósiles y, debido a sus impactos a menudo negativos sobre el medioambiente, también a la energía nuclear, así como a proyectos a gran escala de energía hidroeléctrica, biomasa y quema de residuos. Anexo 1, hoja “cases relating to dirty energy”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 38 Gus van Harten (2015), Who was awarded compensation in past ISDS awards?, 28 de marzo, <https://gusvanharten.wordpress.com/2015/03/28/140/>.
- 39 Gus Van Harten y Pavel Malysheuski (2016) Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, Vol. 12, No. 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876.
- 40 David Samuels (2007) Power surge, *Global Arbitration Review*, 1 de abril, <http://globalarbitrationreview.com/article/1028153/power-surge>.
- 41 Anexo 1, hoja “cases related to renewables”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 42 Anexo 1, hoja “cases related to renewables”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 43 Comentario publicado en el artículo de blog siguiente: Simon Lester (2017) Misconceptions about ISDS Misconceptions, *International Economic Law and Policy Blog*, 30 de junio, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/06/misconceptions-about-isds-misconceptions.html>.
- 44 Anexo 1, hoja “amounts claimed”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 45 La información se ha recopilado a través de diversos artículos de *Investment Arbitration Reporter*, *Global Arbitration Review* y *Forbes*.
- 46 Capital Assets Management Agency of the Republic of Slovenia (2012), Annual Report 2011, https://www.sdh.si/doc/ENG-News/Archive/Annual_report_2011.pdf, 128-129.
- 47 Vattenfall AB y otros c. República Federal de Alemania (II) (Caso CIADI No. ARB/12/12).
- 48 Wendy J Miles QC and Nicola K Swan (2017) Climate Change and Dispute Resolution, *Dispute Resolution International*, 31 de octubre, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=486784bd-fcdb-4bea-8b90-d97e3be22fd9>.
- 49 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2017) Antwort auf die schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat Dezember 2017. Frage Nr. 7, 11 de diciembre, http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2017/12-7.pdf?__blob=publicationFile&v=4, 2.
- 50 Bundesministerium der Finanzen (2017) Bundeshaushalt, <https://www.bundshaushalt-info.de/#/2017/soll/ausgaben/einzelplan.html>.
- 51 El Gobierno reveló este dato durante un turno de preguntas en el Parlamento alemán, el 25 de abril de 2018. Véase este vídeo: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw17-de-fragestunde/550908>, a partir del minuto 43:25.
- 52 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Dietrich Brauch (2014) The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark, 14 de diciembre, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>, 5.
- 53 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2015) A Sliver of Light in a Controversial Nuclear Power Arbitration, 10 de octubre, <https://www.iisd.org/blog/silver-light-controversial-nuclear-power-arbitration>.
- 54 Luke Erik Peterson (2017) Germany faces at least two investment treaty disputes apart from Vattenfall matter, *Investment Arbitration Reporter*, 13 de diciembre, <https://www.iareporter.com/articles/germany-faces-at-least-two-investment-treaty-disputes-apart-from-vattenfall-matter/>.
- 55 Tribunal Constitucional Federal (2016) Press release: The Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the Basic Law, 6 de diciembre, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>.
- 56 Vattenfall (2016) Why Vattenfall is taking Germany to ICSID, 6 de octubre, <http://news.vattenfall.com/en/article/why-vattenfall-taking-germany-court-ICSID>.
- 57 Deutscher Richterbund (2016) Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015, Nr. 04/16, 4 de febrero, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/stellungnahme-deutscher-richterbund-zur-errichtung-eines-investitionsgerichts-fuer-ttip.pdf?__blob=publicationFile&v=6, traducción oficiosa al inglés: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf.
- 58 Anexo 1, hoja “cases against Spain”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 59 E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH y E.ON Iberia Holding GmbH c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/15/35); RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/14/34).
- 60 Bajju Vasani (2015) International Remedies for Foreign Investors in Europe’s Renewable Energy Sector, 30 de abril, <https://www.renewableenergyworld.com/articles/2015/04/international-remedies-for-foreign-investors-in-europes-renewable-energy-sector.html>.
- 61 Anexo 1, hoja “cases against Spain”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 62 Anexo 1, hoja “all cases” y “cases by financial investors”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 63 Roos van Os y Roeline Knottnerus (2011) Dutch Bilateral Investment Treaties. A gateway to ‘treaty shopping’ for investment protection by multinational companies, octubre, <https://www.somo.nl/dutch-bilateral-investment-treaties/>.
- 64 Anexo 1, hoja “dutch mailbox”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 65 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd. (Caso PCA No. 2011-09); Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España (Caso SCC No. 2013/153); Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. España (Caso SCC No. 062/2012).
- 66 Gobierno de España (2017) Respuesta del Gobierno. (186) Solicitud de Informe a la Administración del Estado Congreso, 7 de noviembre, <https://www.ecestaticos.com/file/d88ce7a07265dbf8d809b453b848f239/1514204320-186-881-tribunals-arbitratge.pdf>. Hay una 40ª demanda contra España que no aparece enumerado en el informe del Gobierno: DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG, DCM Energy GmbH & Co. Solar 2 KG, Edisun Power Europe A.G., Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien Beteiligungs GmbH, y Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien GmbH & Co. KG c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/17/41).
- 67 Este caso está suspendido: Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG c. Reino de España (Caso SCC No. 2015/163). Estos casos han sido desestimados: Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. España (Caso SCC No. 062/2012); Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España (Caso SCC No. 2013/153).
- 68 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Laudo, 4 de mayo de 2017, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf; Novenergia v. Spain (SCC Case No. 063/2015), Final Arbitral Award, 15 de febrero de 2018, https://fernandezrozaz.files.wordpress.com/2018/02/novenergia-v-spain_laudo-15-02-2018-1.pdf.

- 69 Gobierno de España (2017), véase la nota 66.
- 70 En España, el salario bruto medio anual de un médico especialista es de 45 970 euros. Véase: http://cadenaser.com/ser/2017/05/17/sociedad/1495035323_481552.html.
- 71 Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/14/3); Silver Ridge Power BV c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/15/37); Greentech Energy Systems y Novenergia c. Italia (Caso SCC No. 095/2015); Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/15/50); CEF Energia BV c. República Italiana (Caso SCC No. 158/2015); Belenergia S.A. c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/15/40); Sun Reserve Luxco Holdings SRL c. Italia (Caso SCC No. 132/2016); ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH e InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/16/5); CIC Renewable Energies Italy GmbH, Enernovum Asset 1 GmbH & Co. KG, Enernovum GmbH & Co. KG y otros c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/16/39); Antaris c. República Checa Antaris Solar GmbH y Dr. Michael Göde c. República Checa; WA Investments-Europa Nova Limited c. República Checa; G.I.H.G. Limited, Natland Group Limited, Natland Investment Group NV y Radiance Energy Holding S.A.R.L. c. República Checa (Caso PCA No. 2013-35); I.C.W. Europe Investments Limited c. República Checa; JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen y Stefan Wirtgen c. República Checa (Caso PCA No. 2014-03); Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH c. República Checa; Voltaic Network GmbH c. República Checa; ACF Renewable Energy Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/18/1).
- 72 Kyla Tienhaara y Christian Downie, Risky Business: The Energy Charter Treaty, Renewable Energy and Investor-State Disputes, Global Governance (próxima publicación).
- 73 Anexo 1, hoja “cases against Spain”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 74 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/14/1). Véase también: Mubadala (2018) Upstream & Integrated, <https://www.mubadala.com/en/what-we-do/upstream-and-integrated>.
- 75 RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/30); Deutsche Asset Management (2018) Factsheet: Deutsche Investor - Global Infrastructure, marzo.
- 76 Anexo 3, www.tni.org/ect-annex-3.
- 77 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Laudo, 4 de mayo de 2017, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf, párrs. 460-473.
- 78 Novenergia v. Spain (SCC Case No. 063/2015), Final Arbitral Award, 15 de febrero de 2018, https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2018/02/novenergia-v-spain_laudo-15-02-2018-1.pdf, para 785.
- 79 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España, véase la nota 74, párr. 382.
- 80 *Ibid.*, párr. 458.
- 81 Gus van Harten (2015) Foreign Investor Protection and Climate Action: A New Price Tag for Urgent Policies, Osgoode Legal Studies Research Paper Series Paper 146, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/146>, 1.
- 82 Paul M. Blyschak (2011) Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes, Richmond Journal of Global Law & Business, Vol. 10, No. 2, <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1123&context=global>, 209.
- 83 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. Y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd. (Caso PCA No. 2011-09); AES Summit Generation Limited c. República de Hungría (I) (Caso CIADI No. ARB/01/4); AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría (II) (Caso CIADI No. ARB/07/22); AES Corporation y Tau Power B.V. c. República de Kazajistán (Caso CIADI No. ARB/10/16).
- 84 David Samuels (2007) Power surge, *Global Arbitration Review*, 1 de abril, <http://globalarbitrationreview.com/article/1028153/power-surge>.
- 85 Los honorarios del demandante se obtuvieron de los laudos públicos en los casos siguientes: AES Corporation y Tau Power B.V. c. República de Kazajistán (Caso CIADI No. ARB/10/16: 7 818 086,81 dólares; Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36): 4 287 446,99 dólares; AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría (II) (Caso CIADI No. ARB/07/22): 8 787 993,70 dólares; Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. República de Eslovenia (Caso CIADI No. ARB/05/24): 13 319 289,23 dólares; Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. c. República de Azerbaiyán (Caso CIADI No. ARB/06/15): 247 863,70 libras esterlinas. La suma total asciende a 35 850 719,40 dólares.
- 86 George Kahale III (2018) ISDS: The Wild, Wild West of International Law and Arbitration, presentation at Brooklyn Law School, 3 de abril, <http://www.curtis.com/siteFiles/AttorneyFiles/ISDS%20-%20The%20Wild,%20Wild%20West%20of%20International%20Law%20and%20Arbitration.pdf>, 6.
- 87 David Samuels (2007), véase la nota 84.
- 88 Anexo 1, hoja “law firms”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 89 Para más información sobre los casos Yukos, véase el cuadro 4; Matthew Hodgson and Alastair Campbell (2017) Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, *Global Arbitration Review*, 14 de diciembre, <https://globalarbitrationreview.com/article/1151755/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>; Diana Rosert (2014) The Stakes are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration, julio, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>, 8; OECD (2012) Investor-state dispute settlement public consultation: 16 de mayo a 9 de julio de 2012, <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, 19; CIADI, Derechos, Honorarios y Cargos (a partir del 1 de julio de 2017), <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>, art. 3.
- 90 Matthew Coleman et al. (2014) Foreign Investors’ Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector, septiembre, <https://www.steptoe.com/publications-9867.html>.
- 91 Thomas Childs (2011) Challenging a Host State’s Tax Measures Through International Arbitration, 1 de agosto, <https://www.kslaw.com/blog-posts/challenging-host-states-tax-measures-international-arbitration>.
- 92 Por ejemplo: Marlen Estévez Sanz y Roberto Muñoz Rojo (2017) Brexit and the investment arbitration puzzle: the risk of foreign investors’ legitimate expectations, 21 de junio, <http://www.kwm.com/en/de/knowledge/insights/brexit-and-the-investment-arbitration-puzzle-20170621>; Ashurst (2017) Brexit: impact on dispute resolution, 19 de diciembre, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/brexit-impact-on-dispute-resolution/>; Norton Rose Fulbright (2017) Frequently asked questions about investment protection and Brexit, octubre, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/157167/frequently-asked-questions-about-investment-protection-and-brexit>.
- 93 Ashurst (2017) Brexit: impact on dispute resolution, 19 de diciembre, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/brexit-impact-on-dispute-resolution/>.
- 94 Alison Ross (2017) Could Brexit trigger investment claims? *Global Arbitration Review*, 19 de junio, <https://globalarbitrationreview.com/article/1143054/could-brexit-trigger-investment-claims>.
- 95 Francesca Albert (2017) Brexit related claims premature but certainly not impossible, Thomson Reuters Practical Law Arbitration Blog, 5 de junio, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/brexit-related-claims-premature-but-certainly-not-impossible/>.
- 96 Anexo 1, hoja “law firms”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 97 La información que no procede de nuestra base de datos se ha obtenido de: *Global Arbitration Review* (2018) GAR 100 – 11th edition,

- 4 de abril, <https://globalarbitrationreview.com/edition/1001151/gar-100-11th-edition>.
- 98 Eurus Energy Holdings Corporation y Eurus Energy Europe B.V. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/16/4); JGC Corporation c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/15/27).
- 99 James Booth (2018) Former Spanish PM Aznar tipped to join Picon at Latham after quitting DLA Piper adviser role, *LegalWeek*, 10 de enero, <http://www.legalweek.com/sites/legalweek/2018/01/10/former-spanish-pm-aznar-quits-dla-piper-adviser-role-and-is-tipped-to-join-picon-at-latham/>.
- 100 Citado en: Chris Hamby (2016) The billion dollar ultimatum, *Buzzfeed*, 30 de agosto, <https://www.buzzfeed.com/chrisshamby/the-billion-dollar-ultimatum?>.
- 101 Herbert Smith (2011) Herbert Smith asesora a los fondos RREEF y ANTIN en la adquisición de dos centrales termosolares de ACS, *Helionoticias*, 1 de agosto, <http://helionoticias.es/herbert-smith-asesora-a-los-fondos-rreef-y-antin-en-la-adquisicion-de-dos-centrales-termosolares-de-acs/>.
- 102 Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. El Reino de España (Caso SCC No. 062/2012), Laudo final, 21 de enero de 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>, párr. 563.
- 103 Gus van Harten (2015) An ISDS Carve-out to Support Action on Climate Change, *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series*, Vol. 11, No. 8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663504, 4.
- 104 David Samuels (2007), véase la nota 84.
- 105 Malcolm Langford et al. (2017) The Revolving Door in International Investment Arbitration, *Journal of International Economic Law*, No. 20, 301-331, 320.
- 106 Anexo 1, hoja “arbitrators”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 107 *Global Arbitration Review* (2012) London: Taking on the “inner mafia”, 2 de octubre de 2012, <https://globalarbitrationreview.com/article/1031645/london-taking-on-the-%E2%80%9Cinner-mafia%E2%80%9D>.
- 108 Corporate Europe Observatory y Transnational Institute (2012) Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf, capítulo 4.
- 109 Citado en: Naomi Klein (2014) *This Changes Everything: Capitalism vs. the Climate*, Allen Lane, 72.
- 110 Un estudio académico ha identificado un total de 629 árbitros de inversiones. Véase: Malcolm Langford et al. (2017) *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, No. 20, 301-331, 310.
- 111 Anexo 1, hoja “arbitrators”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 112 Gary Born, Vaugan Lowe, Stanimir Alexandrov, James Crawford, David Haig, Toby Landau, V. V. Veeder, Christopher Greenwood, Bernard Hanotiau, Donald McRae, William Park, Jan Paulsson, Guido Santiago Tawil, J. Christopher Thomas, Albert Jan van den Berg y Charles Brower. Para más información sobre sus diversos papeles, véase: Malcolm Langford et al. (2017) *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, No. 20, 301-331, 325 y 329f. Van den Berg (que representó a Yukos en una petición de nulidad ante un tribunal neerlandés) y Charles Brower (que actuó como consejero en tres casos conocidos de ISDs) no aparecen en la lista, pero se incluyen aquí. Para más información sobre Brower, véase: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute (2012), véase la nota 108, 39.
- 113 Malcolm Langford et al. (2017), véase la nota 105, 319.
- 114 Citado en: Malcolm Langford et al. (2017), véase la nota 105, 322.
- 115 Weil Gotshal & Manges (2018) *International Arbitration & Trade*, <https://www.weil.com/experience/practices/international-arbitration-and-trade>.
- 116 Salvo que se indique lo contrario, la información procede de Anexo 1, hoja “arbitrators”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 117 Born obtuvo el 85 % de sus nombramientos (17 de 20) como árbitro de inversiones entre 2013 y 2016. Véase la base de datos de árbitros de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByArbitrators>.
- 118 *Ibíd.*
- 119 En su escrito de opinión disidente, Born argumentó que la decisión de Uruguay de eliminar diferentes tipos de marcas de cigarrillos — que pueden inducir a error a los consumidores, al dar a entender, equivocadamente, que algunos cigarrillos son menos nocivos que otros — fue excesiva y no estaba en consonancia con el propósito de proteger la salud pública. En su opinión, la compañía Philip Morris no fue tratada de manera justa y equitativa. Véase: Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. República Oriental del Uruguay (Caso CIADI No. ARB/10/7), Opinión Concurrente y Disidente, 8 de julio de 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7596.pdf>.
- 120 Alison Ross (2010) An Interview with Yves Fortier, *Global Arbitration Review*, 19 de febrero, <https://globalarbitrationreview.com/article/1028959/an-interview-with-yves-fortier>.
- 121 Véase la base de datos de árbitros de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByArbitrators>
- 122 Lacey Young (2017) Yukos arbitrator launches own practice in Geneva, *Global Arbitration Review*, 13 de enero, <https://globalarbitrationreview.com/article/1080035/yukos-arbitrator-launches-own-practice-in-geneva>.
- 123 Interactive Investor (II) (2018) Rockhopper Exploration, <http://www.iii.co.uk/investment/detail?code=cotn:RKH.L&display=discussion&id=12205321&action=detail>.
- 124 London Capital Group (2018) Board of Directors, <https://ir.lcg.com/investor/directors/plc>.
- 125 Alexandrov negoció el tratado bilateral de inversión entre los Estados Unidos y Bulgaria. Durante las negociaciones, conoció a Daniel Price, que por aquel entonces actuaba como negociador del Gobierno estadounidense, pero que después entró en el bufete Sidley Austin. Al parecer, Price contrató a Alexandrov para Sidley debido a su experiencia con él durante las negociaciones del tratado. Véase: *Global Arbitration Review* (2006) Washington, DC – The capital’s market, 1 de agosto, <https://globalarbitrationreview.com/article/1028387/washington-dc-the-capitals-market>; Douglas Thomson (2017) Alexandrov quits Sidley Austin to go solo, *Global Arbitration Review*, 2 de agosto, <https://globalarbitrationreview.com/article/1145245/alexandrov-quits-sidley-austin-to-go-solo>.
- 126 TransCanada Corporation y TransCanada PipeLines Limited c. Estados Unidos de América (Caso CIADI No. ARB/16/21).
- 127 Douglas Thomson (2017), véase la nota 122.
- 128 Max Planck Institute (2015) Report of Judge Charles N Brower lecture “Is fear triumphing over experience?”, www.mpi.lu/news-and-events/latest-news/detail/detail/judge-charles-n-brower-gave-a-lecture-at-the-max-planck-institute-luxembourg/.
- 129 Véase la base de datos de árbitros de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByArbitrators>.
- 130 Por ejemplo, en su opinión, la llamada cláusula de “nación más favorecida” en los tratados de inversión otorga a los inversores el derecho de eludir el requisito de intentar primero resolver el conflicto en los tribunales nacionales antes de pasar al arbitraje internacional. Brower ha defendido esta posición controvertida en varios casos en los que ha emitido opiniones disidentes; por ejemplo: *Renta4 c. Rusia* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0715.pdf>), *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (<https://www.italaw.com/>

- [sites/default/files/case-documents/ita1083.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1083.pdf)) y Austrian Airlines c. Eslovaquia (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0047_0.pdf).
- 131 Alison Ross (2018) “Fake news” – Brower blasts investment court proposal, *Global Arbitration Review*, 1 de marzo, <https://globalarbitrationreview.com/article/1166223/-fake-news-brower-blasts-investment-court-proposal>.
- 132 Jarrod Hepburn (2017) While rejecting merits of pending challenge, Alexandrov resigns, citing the fact that one of his co-arbitrators has seeming doubts of his impartiality, *Investment Arbitration Reporter*, 26 de octubre, <https://www.iareporter.com/articles/while-rejecting-merits-of-pending-challenge-alexandrov-resigns-citing-the-fact-that-one-of-this-two-co-arbitrators-has-seeming-doubts-of-his-impartiality-joubin-bret-also-steps-aside-to-take-key-unc/>; Luke Eric Peterson (2017) Spain follows up on its annulment strategy by filing a request to disqualify arbitrator, *Investment Arbitration Reporter*, 18 de septiembre, <https://www.iareporter.com/articles/spain-follows-up-its-on-annulment-strategy-by-filing-a-request-to-disqualify-arbitrators/>.
- 133 Gus van Harten (2016) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration, January 25, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016, <https://ssrn.com/abstract=2721920>.
- 134 George Kahale III (2018) ISDS: The Wild, Wild West of International Law and Arbitration, presentation at Brooklyn Law School, 3 de abril, <http://www.curtis.com/siteFiles/AttorneyFiles/ISDS%20-%20The%20Wild,%20Wild%20West%20of%20International%20Law%20and%20Arbitration.pdf>, 9f.
- 135 Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. El Reino de España (Caso SCC No. 062/2012).
- 136 Jarrod Hepburn (2015) In rare outcome Chairman says debts are not protected investment under Energy Charter Treaty, but is out-voted by co-arbitrators in UNCITRAL proceeding, *Investment Arbitration Reporter*, 9 de junio, <https://www.iareporter.com/articles/in-rare-outcome-chairman-says-debts-are-not-protected-investment-under-energy-charter-treaty-but-is-out-voted-by-co-arbitrators-in-uncitral-proceeding/>.
- 137 “En los procesos arbitrales del TCE está firmemente establecido que la obligación de garantizar un ‘trato justo y equitativo’ entraña la protección de las expectativas legítimas de los inversores”. Véase: Martin In de Braekt and Wouter Geldhof (2017) Mixed results in recent arbitral awards concerning Spain’s renewable energy policy, 19 de julio, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d384a0ee-31cf-4411-8898-adc714c414b6>.
- 138 Citado en esta presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, <http://www.oilcapital.com/companies/stocktube/8061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>, a partir del minuto 19:00.
- 139 *Ibíd*, a partir del minuto 20:00.
- 140 OCDE (2018) Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview. Consultation Paper, marzo, <https://search.oecd.org/investment/investment-policy/ISDs-Appointing-Authorities-Arbitration-March-2018.pdf>, párr. 17.
- 141 Comentario de Jason Yackee, catedrático de Derecho de la Universidad de Wisconsin. En: OCDE (2018) Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview. Compilation of Initial Comments Received, marzo, <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/ISDs-Appointing-Authorities-Arbitration-Compilation-March-2018.pdf>, 55.
- 142 Anexo 1, hoja “institution”, www.tni.org/ect-annex-1.
- 143 Celeste E. Salinas Quero (2017) Investor-state disputes at the SCC, <http://sccinstitute.com/media/178174/investor-state-disputes-at-scc-13022017-003.pdf>, 2.
- 144 *Ibíd*, 1.
- 145 Según la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), a 31 de diciembre de 2017, el SCC estaba administrando 46 casos. Véase: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>.
- 146 Weil (2014) World Arbitration Report, https://www.weil.com/~media/files/pdfs/wwar_newsletter_spring2014.pdf, 28.
- 147 Beth Simmons (2014) Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, *World Politics*, 66, 12-46, 37.
- 148 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (2015) New SCC Board Members, 5 de enero, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/new-scc-board-members/>.
- 149 Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce (2017) 2017 Arbitration Rules, http://sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf.
- 150 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, The Board, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/the-board/>.
- 151 FREIF Eurowind c. Reino de España (Caso SCC No. 2017/060).
- 152 Ioannis Kardassopoulos v. Georgia (ICSID Case No. ARB/05/18), Award, 3 de marzo de 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf>, párrs. 686 y 691.
- 153 La financiación externa (y el hecho de que el financiador haya pagado un seguro que cubre hasta 1 millón de euros, que podría ordenarse que Eskosol pagara a Italia para cubrir los costes jurídicos del país) fue revelada por Eskosol durante el proceso: Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/15/50), Procedural Order No. 3, 12 de abril de 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8996.pdf>, párr. 7.
- 154 Iain C. McKenny (2017) Non Recourse Financing for Energy Disputes, septiembre, http://energylawgroup.eu/itrfile/_1_/73357aa89bce5e82b723340d47a51c21/Dispute%20Funding%20Introduction.pdf, 2. Vannin no respondió a las peticiones de información complementaria por parte de las autoras.
- 155 Trade Justice Movement (2017) Bilateral Investment Treaties: Third Party Funding – The Financialisation of Justice, abril, <http://tjm.org.uk/documents/briefings/Third-party-funding-the-financialisation-of-justice.pdf>, 1.
- 156 Andrew Strickler (2016) \$1.4B Arbitration Windfall A Beacon For Private Funders, *Law360*, 5 de mayo, <https://www.law360.com/articles/790830>
- 157 Vannin (2015) Who wins, where and why? Industry focus: Electrical power, <https://www.vannin.com/downloads/electricity-disputes-in-europe.pdf>, 14.
- 158 *Ibíd*, 16-17.
- 159 Juan Cruz Peña (2017) Bruselas abre la puerta a que España evite el pago de 7.565M por el recorte a las renovables, *El Confidencial*, 26 de diciembre, https://www.elconfidencial.com/economia/2017-12-26/arbitrajes-espana-renovables-bruselas-ayudas-de-estado_1498030/.
- 160 Chris Hamby (2016) “Let’s make them poorer and we’ll get rich.”, *Buzzfeed*, 31 de agosto, https://www.buzzfeed.com/chrishamby/not-just-a-court-system-its-a-gold-mine?utm_term=.ofNmdJ5Wq#.la4dra9mW.



Capítulo 4

Expandiendo las fronteras: la ampliación del Tratado sobre la Carta de la Energía en África, Asia y América Latina

Imagina, por un momento, lo siguiente: en respuesta a la contaminación devastadora provocada por el vertido de petróleo en el delta del Níger, las comunidades de la zona recurren a los tribunales y obligan a la multinacional del petróleo y el gas Shell a que asuma la limpieza y un pago. La compañía demanda a Nigeria ante un tribunal internacional de inversiones, alegando que el país no le garantizó un trato “justo y equitativo” porque modificó las normas de su legislación ambiental sobre la descontaminación. Shell gana el proceso y obtiene miles de millones de dinero de los contribuyentes a modo de indemnización. ¿Crees que esto podría llegar a ocurrir? Piénsalo otra vez. Porque estas inconcebibles victorias de los inversores extranjeros son perfectamente posibles en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). Y Nigeria es solo uno de los muchos países de todo el mundo que se encuentra en proceso de adhesión al Tratado.

La Secretaría del Tratado sobre la Carta de la Energía y algunos de sus Estados signatarios llevan realizando grandes esfuerzos desde 2012 para ampliar el alcance geográfico del acuerdo. Varios países están a la espera de firmar el TCE, con sus privilegios extremos para los inversores, en especial “países que tienen un impacto directo sobre la seguridad energética de los Estados miembros actuales”.¹ En otras palabras: países con grandes recursos energéticos, sobre todo en África y Oriente Medio, Asia y América Latina. El objetivo final es que el TCE se convierta en “un instrumento para la gobernanza energética global”.² Es decir, una especie de Organización Mundial del Comercio (OMC) para el sector de la energía. Al adherirse al Tratado, estos países corren el riesgo de limitar su margen de maniobra legislativo para decidir su propia política energética, así como de exponerse a la posibilidad de ser objeto de costosas demandas por parte de los inversores.

La Secretaría, en particular, ha desplegado una gira de promoción im- placable. Su personal anuncia el TCE en conferencias y cenas de gala en todo el mundo, reuniéndose con jefes de Estado, ministros, emba- jadores y otros funcionarios, y realizando formaciones destinadas a ellos. La Secretaría también acoge en su oficina de Bruselas a expertos acreditados de posibles países candidatos. Allí, el personal del TCE les enseña cómo “fomentar un entorno regulatorio favorable a las inver- siones”⁴ en sus países y los ayudan a preparar los informes necesarios para su adhesión.

Algunos países miembros del TCE también participan en la campaña de ampliación. Con el fin de otorgar ‘apoyo político’ al plan de divulgación

Aspiramos a crear algo de importancia no solo regional, sino global.

Urban Rusnák, secretario general del TCE³

La Secretaría de la Carta de la Energía se encuentra en modo de expansión y desea acceder a recursos energéticos en África y Asia para sus miembros, en su mayoría países desarrollados.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)⁵

Los numerosos países y grupos de países que van camino de adherirse al TCE⁶

Paso 1

Al firmar esta declaración política jurídicamente no vinculante, los Estados y las organizaciones de integración económica regional adquieren la condición de observadores. A partir de entonces, pueden asistir, aunque sin derecho a voto, a las reuniones de la Conferencia sobre la Carta de la Energía, el máximo órgano de toma de decisiones del TCE.

Paso 2

Los informes demuestran que las leyes y regulaciones de un país candidato están en sintonía con el TCE. Los informes se elaboran con el apoyo de la Secretaría (que acoge a los funcionarios adscritos en su oficina de Bruselas) y luego son aprobados por el Gobierno, en ocasiones tras una consulta con diversas partes interesadas.

Firma de la Carta Internacional de la Energía

China	Benín
Corea	Burkina Faso
	Kenya
Chile	Mali
Panamá	Rwanda
	Senegal
	Tanzania
Irán	G5 del Sahel
Iraq	Comunidad de África Oriental (CAO)
Palestina	Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEEAC)
Emiratos Árabes Unidos	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) ⁷

Preparación de los informes de adhesión

Inicio del proceso de elaboración previsto para 2018
Guatemala
Nigeria

Elaboración del informe en curso

Camboya
Colombia
Níger
Gambia
Uganda

Informe en proceso de aprobación

Bangladesh
Chad
Reino de eSwatini (antes Suazilandia)
Marruecos
Serbia

Es una práctica habitual que los países designen a sus ministerios de Energía como los organismos competentes para decidir si se adhieren o no a la Carta de la Energía. Como estos ministerios no suelen estar implicados en la negociación de tratados de inversión, puede que no siempre se comprendan debidamente las consecuencias jurídicas del Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)¹⁰

de la Secretaría y efectuar su propia difusión, algunos albergan las denominadas ‘embajadas de enlace con la Carta de la Energía’ en sus misiones diplomáticas en determinados países: Marruecos (la embajada de enlace está acogida por la embajada de los Países Bajos), Túnez (acogida por Alemania y Turquía), Libia (acogida por Polonia; sus actividades están actualmente suspendidas debido a la guerra civil), Serbia (acogida por la República Eslovaca), Pakistán (acogida por Turquía y Polonia), Montenegro (acogida por la República Eslovaca), los Emiratos Árabes Unidos (acogida por Kazajistán) y Vietnam (acogida por Hungría).⁸

Subestimando los riesgos

Al parecer, el proceso de adhesión en los Estados candidatos es dirigido desde los ministerios de Energía. En cambio, los funcionarios de ministerios con experiencia en la negociación de tratados de inversión y en la defensa de arbitrajes entre inversores y Estados parecen estar ausentes en gran medida. Este hecho podría explicar la alarmante falta de conciencia en la mayoría de estos países acerca de los riesgos políticos y financieros que entraña el Tratado. Aunque muchos de

Paso 3

La Conferencia sobre la Carta de la Energía aprueba por unanimidad los informes de adhesión e invita al país candidato a adherirse al TCE.

Paso 4

El país candidato ratifica el TCE de conformidad con sus normas internas. Según el antiguo abogado jefe del TCE, “este es el paso que suele tardar más, ya que la mayoría de los futuros Estados miembros del TCE... solo entonces comienzan a pensar en los riesgos y los costes” del Tratado.¹²

Invitación a adherirse al TCE

Pakistán

Ratificación nacional

Burundi
Jordania
Mauritania
Yemen

Presentación de los documentos pertinentes al depositario del TCE

Transcurridos noventa días, el país se convierte en miembro del TCE.

Cuadro 9

¿Quién está impulsando la ampliación del TCE?

La Secretaría del TCE, con sede en Bruselas, se encuentra claramente al mando. La ampliación del alcance geográfico del acuerdo garantiza que la institución no pierda su relevancia y gane poder.

Los bufetes de abogados y los árbitros que ganan dinero cuando los inversores demandan a los Estados promueven la ampliación del Tratado en formaciones, reuniones de expertos y publicaciones. El hecho de que se adhieran más países al TCE significa, al fin y al cabo, más demandas de inversores y más ganancias para ellos.

La UE financia muchas actividades de difusión del TCE mediante fondos de desarrollo para “asistencia técnica”, como, por ejemplo, el traslado temporal de funcionarios de países africanos a la Secretaría en Bruselas y los gastos de viaje del personal de la Secretaría para reunirse con ministros y otros funcionarios de los países candidatos.¹³

Algunas de las **compañías de petróleo, gas, carbón y otras energías** más grandes del mundo que forman parte del Grupo Consultivo del Sector de la Carta de la Energía respaldan la ampliación “fomentando activamente la participación de empresas de países interesados”.¹⁴

Algunos Estados miembros del TCE, como los Países Bajos, Alemania, Polonia, Turquía, la República Eslovaca, Hungría y Kazajistán albergan embajadas de enlace con la Carta de la Energía.

ellos tienen una experiencia desastrosa con las demandas de inversores en el marco de otros acuerdos de inversión,⁹ los informes escritos por sus expertos nacionales acreditados, por ejemplo, están repletos de afirmaciones no demostradas sobre la forma en que el TCE “puede tener un impacto positivo” en un país o región “en lo que respecta a la atracción de las inversiones energéticas necesarias”,¹¹ pero sin alusión alguna a los riesgos que plantean los amplios privilegios que reserva el TCE a los inversores.

Los acuerdos internacionales de inversión tienen consecuencias y pueden tener riesgos imprevistos.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁷

Esta situación recuerda a la década de 1990, cuando los países en desarrollo firmaron un gran número de tratados bilaterales de inversión con la esperanza de que aportaran inversiones, sin ser plenamente conscientes de los riesgos que entrañaban. El politólogo Lauge Poulsen ha escrito una historia fascinante sobre este período, tras viajar por todo el mundo para preguntar a funcionarios de diferentes países por qué firmaron tratados de inversión. Quien lea su libro¹⁵ descubrirá, para su asombro, que, muchas veces, las negociaciones para adherirse a un tratado solo duraban un par de horas. En ocasiones, ni siquiera participaban en ellas abogados ni funcionarios de los ministerios de Justicia. Cuando Pakistán fue objeto de su primera oleada de demandas inversor-Estado en 2001, en virtud de un tratado bilateral firmado en 1995 con Suiza, nadie del Gobierno pudo encontrar el texto y tuvieron que pedirle una copia a Suiza. Poulsen llega a la conclusión de que “la mayoría de los países en desarrollo... se incorporaron a uno de los regímenes jurídicos internacionales más potentes que apuntalan la globalización económica sin siquiera darse cuenta en aquel momento”.¹⁶ Solo lo comprendieron muchos años después, cuando se convirtieron en el blanco de una demanda. Estos errores del pasado podrían volver a repetirse con el TCE.

La Carta Internacional de la Energía: un señuelo para los pobres

La Carta Internacional de la Energía —una declaración política que suscriben los países y que define los principios generales para la cooperación mundial en el campo de la energía— brinda un impulso político clave al TCE. Aunque la Carta Internacional de la Energía, firmada por más de 70 países en mayo de 2015, carece de fuerza jurídica vinculante y de repercusiones financieras, según la Secretaría del TCE, le ha otorgado al Tratado “un estímulo en lo que se refiere a la ampliación y la proyección”.¹⁸ Para mayo de 2018, los signatarios de la Carta habían alcanzado los 88 países y agrupaciones regionales de todos los continentes.¹⁹

En palabras de la Secretaría del TCE, la Carta Internacional de la Energía, que no es vinculante, representa “un primer paso hacia la adhesión al Tratado de la Carta de la Energía, que es jurídicamente vinculante”.²⁰ Según manifestó en 2014 Maroš Šefčovič, vicepresidente de Energía de la Comisión Europea: “Esta nueva Carta constituirá una

La industria de la energía está interesada en que más países se sumen al proceso de la Carta de la Energía mediante la firma de la Carta Internacional de la Energía.

Grupo Consultivo del Sector de la Carta de la Energía²²

Cuadro 10

Acabando con el mito de que el TCE atrae las inversiones

Los partidarios del TCE sostienen que los privilegios que otorga a los inversores ayudan a atraer inversiones. En el sector de la energía, que requiere una gran cantidad de capital, “los inversores tienen... más probabilidades de realizar una inversión transfronteriza... Cuando el Estado anfitrión ofrece algún tipo de protección de las inversiones”, afirman.²⁶ Según la Secretaría, el derecho de demandar a los Estados al margen de sus tribunales nacionales tiene un efecto especialmente positivo, ya que sirve como un “freno o contrapeso” al supuesto “uso arbitrario o ilimitado del poder por parte del Gobierno” y, por lo tanto, incrementa “la conveniencia de un Estado como posible destinatario de una inversión extranjera”.²⁷

Puede que este argumento parezca plausible, pero hay un problema: no hay pruebas claras de que los tratados de inversión fomenten realmente la inversión. Si bien algunos estudios econométricos concluyen que atraen a algunos inversores, otros consideran que estos no tienen ningún efecto (o incluso que pueden tener efectos negativos). Estudios cualitativos sugieren que, para la gran mayoría de los inversores, los tratados de inversión no constituyen un factor determinante cuando deciden invertir en el exterior.²⁸

Los Gobiernos también han empezado a darse cuenta de que la promesa de la llegada de inversión extranjera directa (IED) no se ha materializado. Después de que Sudáfrica anulara algunos tratados bilaterales de inversión (TBI, que reservaban para los inversores derechos parecidos al TCE), un representante del Gobierno explicó: “Sudáfrica no recibe flujos importantes de IED de muchos socios con los que tenemos TBI y, al mismo tiempo, sigue recibiendo inversiones de jurisdicciones con las que no tenemos TBI. En resumen, los TBI no han sido determinantes a la hora de atraer inversiones a Sudáfrica”.³⁰ Otros países han tenido la misma experiencia. Por ejemplo, Brasil es el principal receptor de IED de América Latina,³¹ a pesar de ser uno de los pocos países que nunca ha ratificado ningún tratado que prevea la solución de controversias inversor-Estado.

Quizá lo más importante sea que, actualmente, existe un consenso generalizado de que aunque puede que la IED contribuya a un desarrollo muy necesario, los beneficios no son automáticos. Se necesitan regulaciones para generar efectos positivos —como empleos dignos, generación de impuestos o transferencia de tecnología— y evitar los riesgos que la IED puede representar para el ambiente, las comunidades locales, etcétera. Pero las disposiciones del TCE relativas a inversiones prescinden de todas esas cuestiones y solo protegen las inversiones en energía, independientemente de su naturaleza e impacto. Lo mismo sucede con la mayoría de los tratados de inversión, que “están estructurados de una manera que impone fundamentalmente obligaciones jurídicas a los Gobiernos para que proporcionen una amplia protección de derechos a las inversiones de los países que son parte del acuerdo. Este desequilibrio a favor de los inversores puede limitar la capacidad de los Gobiernos para legislar en el interés público”, en palabras de un funcionario del Gobierno sudafricano.³³

La inversión en energía, obviamente, se realizaría aunque no existiera el Tratado.

Howard Chase, presidente del Grupo Consultivo del Sector de la Carta de la Energía²⁹

Aún no hay pruebas de que el TCE tenga un efecto positivo en los flujos de inversión en cualquier sector, incluido el sector de las energías renovables.

Kyla Tienhaara y Christian Downie, Universidad Nacional Australiana³²

¿Un baluarte para las violaciones de derechos humanos, laborales y ambientales? Ejemplos de proyectos de energía perjudiciales en los países candidatos al TCE

“Cuando realizan sus explosiones diarias de carbón, nuestras casas vibran como si fueran teléfonos celulares.”³⁴

La **mina de carbón de El Cerrejón, en Colombia** ha sido acusada de desplazar a comunidades indígenas, agotar y contaminar los recursos de agua, y perjudicar la salud y las tradiciones de las personas.³⁵ Mientras que algunos de los propietarios de la mina están protegidos directamente por los tratados de inversión que mantiene Colombia (por ejemplo, el gigante minero suizo Glencore), otros inversores no lo están (por ejemplo, los fondos de pensiones daneses que poseen acciones en las compañías propietarias de la mina).³⁶ El TCE podría otorgarles el derecho de demandar a Colombia y exigirle una indemnización en caso de que el Gobierno, por ejemplo, congele la expansión de la mina para efectuar consultas amplias, como reivindica la comunidad indígena Wayuu.³⁷ Colombia está preparando los informes de adhesión al TCE.

“Esto destruirá los medios de subsistencia de millones de personas que dependen de la pesca.”³⁸

El plan para construir un **gran gasoducto transafricano**, un megaproyecto que se extendería a lo largo de 5000 kilómetros, transportaría el gas nigeriano **siguiendo la costa de África Occidental** hasta llegar a Marruecos y, finalmente, a Europa. Los proyectos de gas existentes en la región han sido criticados por el desplazamiento de las comunidades, la contaminación ambiental, las graves repercusiones en la salud, la pérdida de medios de vida y la agudización de conflictos violentos por los recursos.³⁹ Cuatro de los países que se encuentran en la posible ruta del gasoducto están en una fase bastante avanzada del proceso de adhesión al TCE (Marruecos, Mauritania, Gambia y Nigeria). Todos los demás (Benin, Togo, Ghana, Costa de Marfil, Liberia, Sierra Leona, Guinea, Guinea-Bissau y Senegal) han dado el primer paso al firmar la Carta Internacional de la Energía (algunos solamente como miembros de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental). El TCE incrementaría de forma significativa el poder de los inversores extranjeros en todos los países de la ruta, ya que la gran mayoría de ellos apenas tiene tratados bilaterales de inversión en vigor.⁴⁰

“La... serpiente negra... nos está desplazando de nuestras tierras ancestrales.”⁴¹

En el **desierto del Thar, en Pakistán**, inversores chinos y pakistaníes están excavando **lignito, un carbón muy contaminante, para alimentar nuevas centrales nucleares**. La comunidad local está luchando para evitar la adquisición de sus tierras ancestrales, temiendo que las minas contaminen el aire, agoten las aguas subterráneas de una región azotada por la sequía y destruyan los medios de sustento.⁴² Las centrales, además, liberarán en la atmósfera miles de millones de toneladas de dióxido de carbono, que exacerbarán el cambio climático. Si Pakistán y China se adhieren al TCE, inversores chinos podrían reclamar miles de millones si un futuro Gobierno pakistaní decidiera cumplir sus compromisos en materia climática y dejar el carbón bajo tierra.⁴³ El Tribunal Supremo del país ya está estudiando una reclamación que sostiene que las minas privan a las generaciones futuras del derecho a una vida sana.⁴⁴ Pakistán ha sido invitado a adherirse al TCE.



“Somos, literalmente, una comunidad olvidada, dejada a merced de la multinacional.”⁴⁵

En un lugar remoto del **desierto del Sáhara, en Níger**, el grupo nuclear francés Areva gestiona dos **minas de uranio** y está construyendo una tercera. La gente de la zona está expuesta a altos niveles de radiactividad, reservas acuíferas contaminadas y agotadas, y un número creciente de afecciones y muertes relacionadas con el polvo radiactivo. Exigen mejores condiciones laborales, prestaciones para los extrabajadores enfermos, una descontaminación del área y que Areva pague unos cánones de explotación más altos (y, por lo tanto, una parte más justa de sus ganancias por explotar los recursos del segundo país más pobre del mundo).⁴⁶ Si Níger firma el TCE, Areva podría impugnar cualquier iniciativa del Gobierno que persiga estos objetivos presentando una demanda de arbitraje que entraña unos costes astronómicos. Níger solo tiene dos tratados de inversión en vigor (ninguno con Francia),⁴⁷ pero está preparando sus informes de adhesión al TCE.

“Cuatro personas fueron asesinadas y al menos 470, heridas.”⁴⁸

La **represa de Bujagali, en Uganda**, ha estado en el punto de mira por su pobre historial en materia de derechos humanos y laborales, por contribuir a una caída drástica de los niveles de agua del lago Victoria (un lago que alberga una gran biodiversidad y sustenta los medios de vida de millones de personas en Kenia, Uganda y Tanzania) y la costosa energía que genera, inaccesible para muchos ugandeses.⁴⁹ La represa podría salirles aún más cara si sus financiadores extranjeros demandaran a Uganda ante un tribunal de arbitraje privado; por ejemplo, si el Gobierno retirara las exenciones fiscales a las empresas u ordenara que se pagaran los salarios atrasados o se indemnizara a los trabajadores que resultaron heridos durante la construcción.⁵⁰ Uganda está preparando sus informes de adhesión al TCE y solo tiene vigentes seis tratados bilaterales de inversión.⁵¹

oportunidad para que nuevos países participen en el proceso de la Carta de la Energía y lo utilicen como un punto de partida para convertirse en partes de pleno derecho del Tratado sobre la Carta de la Energía”.²¹

Varios países se han visto empujados hacia el pleno proceso de adhesión al TCE por medio de “la pendiente resbaladiza”²³ de esta declaración internacional, entre los cuales muchos de los Estados más pobres del mundo (véase la imagen 18 en las páginas 68-69). Algunos parecen encontrarse en una vía extrarrápida: poco después de que Gambia firmara la Carta internacional, en agosto de 2017, por ejemplo, ya estaba preparando sus informes de adhesión al TCE. La Secretaría se ha puesto en contacto con muchos otros países (como Sudáfrica, Botswana, Sudán del Sur, Líbano y Omán,²⁴ además de Argelia, Egipto, Túnez, Bhután, Ecuador, Vietnam y Zambia).²⁵ África parece ser el objetivo principal de esta iniciativa de ampliación, seguida de Oriente Medio, Asia y América Latina.

Promesas vacías

Al sumarse al proceso de la Carta de la Energía y, en última instancia, adherirse al TCE, muchos países esperan atraer inversiones —en especial, inversiones verdes— para erradicar la pobreza energética entre sus poblaciones, que a menudo carecen de acceso a la electricidad para satisfacer necesidades básicas como cocinar. Estas grandes esperanzas quedan claramente ilustradas en las palabras del ministro de Justicia de Nigeria, quien, al firmar la Carta Internacional de la Energía en 2017, manifestó: “Nigeria se beneficiará enormemente de esta Carta, ya que brinda la oportunidad de atraer inversiones, garantizar que todos los nigerianos tengan a su alcance energía limpia, aumentar el nivel de energía renovable... y contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible”.⁵²

La Secretaría y otros promotores del TCE fomentan activamente la creencia de que el TCE potencia las inversiones en energía limpia para todos. Así, afirman una y otra vez, “el potencial del Tratado... como un medio para atraer inversiones extranjeras al sector de la energía”,⁵³ “erradicar la pobreza energética”⁵⁴ y “alcanzar los objetivos del Acuerdo de París en materia climática”.⁵⁵ Un folleto de información sobre “África y la Carta de la Energía” promete: “Puede que la clave para liberar el potencial de inversión de África con miras a garantizar el acceso universal a la energía y superar la pobreza energética se halle en el Tratado sobre la Carta de la Energía”.⁵⁶

Sin embargo, las reglas por las que se rigen las inversiones en el marco del TCE no responden a estas promesas: no hay pruebas de que fomenten realmente la inversión (véase el cuadro 10 en la página 71); protegen los proyectos de petróleo, gas, carbón y otras fuentes de energía, tanto contaminantes como renovables, y no recompensan una

Aunque el sistema se encuentre en la situación en que se encuentra ahora, firmar cualquier tratado nuevo supone un error grave. Tienes que sopesar los beneficios frente a las obligaciones. Puede que alguien, en algún momento, pueda explicarme dónde están todos los beneficios, pero yo, desde luego, no he visto ninguno.

George Kahale III, abogado que ha defendido a muchos países en demandas inversor-Estado⁵⁷

transición hacia estas últimas; y los privilegios que garantiza el TCE a los inversores incluso podrían utilizarse para socavar medidas destinadas a garantizar el acceso universal a una energía asequible, así como la transición hacia sistemas energéticos verdes (véase el capítulo 5).

“China estaría muy bien”

Debido a su importancia en el contexto de los mercados energéticos mundiales, algunos países ocupan un lugar destacado en la lista de preferidos para la ampliación del TCE, en especial China, Irán, los Emiratos Árabes Unidos, Nigeria y los Estados Unidos. La Secretaría del TCE está procurando institucionalizar la relación con estos “países observadores en una cooperación especial” a través de la organización conjunta de actos y publicaciones, la adscripción de funcionarios a la oficina de la Secretaría en Bruselas y el establecimiento de centros de investigación conjuntos.⁵⁸

Las actividades de difusión con respecto a China superan con mucho los esfuerzos reservados a otros países. El sitio web del TCE está repleto de publicaciones sobre cómo China podría beneficiarse de la adhesión y la Secretaría está promoviendo activamente el Tratado en artículos de opinión y sesiones de capacitación para empresas chinas. El Grupo Consultivo del Sector del TCE y decenas de bufetes se han sumado a esta gira de promoción en China.

Esto no resulta sorprendente. China es el principal destino de las inversiones en energía del mundo.⁶⁰ También es un importante inversor en el exterior, entrando con fuerza en las energías renovables y la construcción de nuevas minas contaminantes de carbón y uranio, megarepresas, y proyectos de petróleo y gas.⁶¹ “China se encuentra ahora en el mismo lugar que los países de Europa Occidental a principios de la década de 1990: exportando inversiones (y) construyendo oleoductos”, escribió Urban Rusnák, secretario general del TCE, en un artículo de opinión para la prensa china en 2017, afirmando que “el TCE podría contribuir a... proteger las inversiones chinas”.⁶² Aunque China ya ha firmado 128 tratados bilaterales de inversión, los promotores del TCE arguyen que estos no abarcan a todas las partes contratantes del Tratado y que están “menos orientados a los inversores”.⁶³

Sin embargo, a diferencia de otros países, en China parece haber cierta conciencia sobre los riesgos que entraña el TCE. Una abogada del bufete chino Broad & Bright manifestó ante la prensa en 2016: “Las leyes y políticas chinas en el sector de la energía... se encuentran en proceso de transición y están experimentando cambios. Teniendo en cuenta el estallido de los casos de arbitraje relacionados con las energías renovables en virtud del TCE, si China se adhiere al Tratado, quedará sometida a muchas demandas en este ámbito”. Aludiendo al infame caso Yukos, que desencadenó una demanda de 50.000 millones de dólares (por la que oligarcas rusos demandaron a Rusia con éxito, haciéndose

“¿Con qué país le gustaría más firmar a la Secretaría?” “Si pudiéramos elegir, diría que los Estados Unidos o China estarían muy bien.”

Graham Coop, ahora con el bufete Volterra Fietta, cuando era abogado jefe de la Secretaría del TCE⁵⁹

Aunque el arbitraje de inversiones con arreglo al tratado constituya un instrumento útil para proteger a los inversores chinos en el sector de la energía, también puede convertirse en un arma de doble filo que permitiría a los inversores extranjeros demandar al Gobierno chino.

Bufete Broad & Bright⁶⁵

Cuadro 11

Acabando con el mito de que el TCE promueve el Estado de derecho

La corrupción y los abusos de los derechos humanos son problemas graves en muchos de los países que se encuentran en la lista de ampliación del TCE, así como entre los miembros actuales del acuerdo. ¿Realmente fomenta el TCE el Estado de derecho en estos países, como afirman sus promotores?

Más bien al contrario, incluso desde una concepción limitada y procedimental, el TCE entraña el riesgo de socavar el Estado de derecho. He aquí tres grandes motivos:⁶⁸

El 'si tú me rascas la espalda, yo te rascaré la tuya' no promueve el Estado de derecho.

Thomas Buergenthal, exjuez de la Corte Internacional de Justicia, aludiendo a la actuación parcial de muchos árbitros de inversiones⁶⁹

1) Uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho es el acceso igualitario a la justicia. Pero el TCE crea un sistema de justicia paralelo que únicamente se encuentra a disposición de algunos de los actores más ricos y poderosos de la sociedad: los inversores extranjeros. Este trato distinto puede exacerbar las desigualdades, al generar incentivos para que los Estados anfitriones hagan primar los intereses de las grandes empresas por encima de los del resto.

2) Al no exigir a los inversores que primero presenten sus reclamaciones ante los tribunales nacionales, el TCE acaba con los incentivos para que la administración y la judicatura mejoren la calidad de los sistemas jurídicos internos, lo cual beneficiaría a toda la población.

3) El arbitraje de inversiones en virtud del TCE es un proceso muy opaco, plagado de conflictos de interés y manifiestamente contrario al principio de la independencia judicial (en la medida en que los árbitros tienen un fuerte incentivo para fallar a favor de los inversores demandantes, véase el capítulo 3.3).

valer de sociedades pantalla registradas en Chipre y el Reino Unido; véase el cuadro 4 en la página 26), la abogada también advirtió sobre los posibles “abusos” por medio de empresas chinas de los privilegios reservados a los inversores en el marco del TCE, dado que “China tiene muchos falsos inversores extranjeros que, en realidad, son inversores chinos con inversiones de ida y vuelta al país”.⁶⁴

Una reforma neutralizada por un antiguo tratado

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha alertado sobre los tratados de inversión “de la vieja generación” como el TCE, que “no son declaraciones políticas inocuas, sino que tienen consecuencias”. Sus “formulaciones amplias y vagas... han permitido a los inversores impugnar decisiones fundamentales con respecto a políticas internas, como, por ejemplo, políticas ambientales, financieras, energéticas y de salud”, por lo que sería conveniente reformarlos, sustituirlos o, incluso, cancelarlos o retirarse de ellos.

La UNCTAD destaca que el TCE representa un tratado con consecuencias marcadamente graves, ya que “se ha utilizado con más frecuencia que cualquier otro acuerdo internacional de inversión para presentar casos de solución de controversias inversor-Estado”.⁶⁶

Aunque parezca sorprendente, varios países que están reformando sus tratados de inversión para recuperar cierto margen de maniobra normativa parecen dispuestos a socavar estas reformas, al suscribir los derechos extremos que otorga a los inversores el TCE, que datan de la década de 1990. Dos buenos ejemplos se encuentran en Nigeria (que se prevé que redacte sus informes de adhesión en 2018) y Marruecos (que está validando internamente sus informes de adhesión). En 2016, ambos países firmaron un tratado bilateral de inversión que se diferencia del TCE de forma significativa. Por ejemplo, dispone una definición más limitada de lo que representa una inversión protegida al amparo del tratado (que excluye las inversiones de carteras especulativas) e impone obligaciones a los inversores, además de exigirles que toda controversia que surja se debe presentar en primer lugar ante los tribunales nacionales (en lugar de elevarse directamente al arbitraje internacional privado).⁷⁰ Sin embargo, en su proceso de adhesión al TCE, no parecen estar extendiendo esta cautela hacia los derechos extremadamente amplios para los inversores extranjeros. Del mismo modo, Sudáfrica ha rescindido varios tratados de inversión y se está retirando del arbitraje inversor-Estado después de una impactante demanda presentada por inversores contra sus leyes para la emancipación económica de la población negra y contra la discriminación.⁷¹ A pesar de ello, Sudáfrica está en la lista prioritaria para la ampliación del TCE.

Así, aunque muchos países están tomando nota de los riesgos inherentes a un régimen que reserva unos derechos excesivos para los inversores y están limitando los compromisos adoptados en tratados de inversión anteriores, parece que los peligros del TCE todavía no han aparecido en su radar. En consecuencia, es posible que veamos aún a más países adherirse —quizá sin medir las consecuencias— a un tratado que, en caso de plantearles el tipo de demandas multimillonarias que hemos presenciado con el TCE en otras regiones, podría ayudar a empobrecer sus arcas públicas.

El TCE tiene consecuencias... El laudo arbitral récord de 50.000 millones de dólares en el caso Yukos, la demanda de 4700 millones de dólares [sic] de Vattenfall contra Alemania por cerrar sus centrales nucleares después de la catástrofe de Fukushima, y las docenas de demandas por cambios en las leyes de energía renovable, son hoy los ásperos frutos de un Tratado que se negoció y se firmó en la década de 1990.

Ernesto Bonafé, Secretaría del TCE, y Andris Piebalgs, ex comisario europeo de Desarrollo⁶⁷

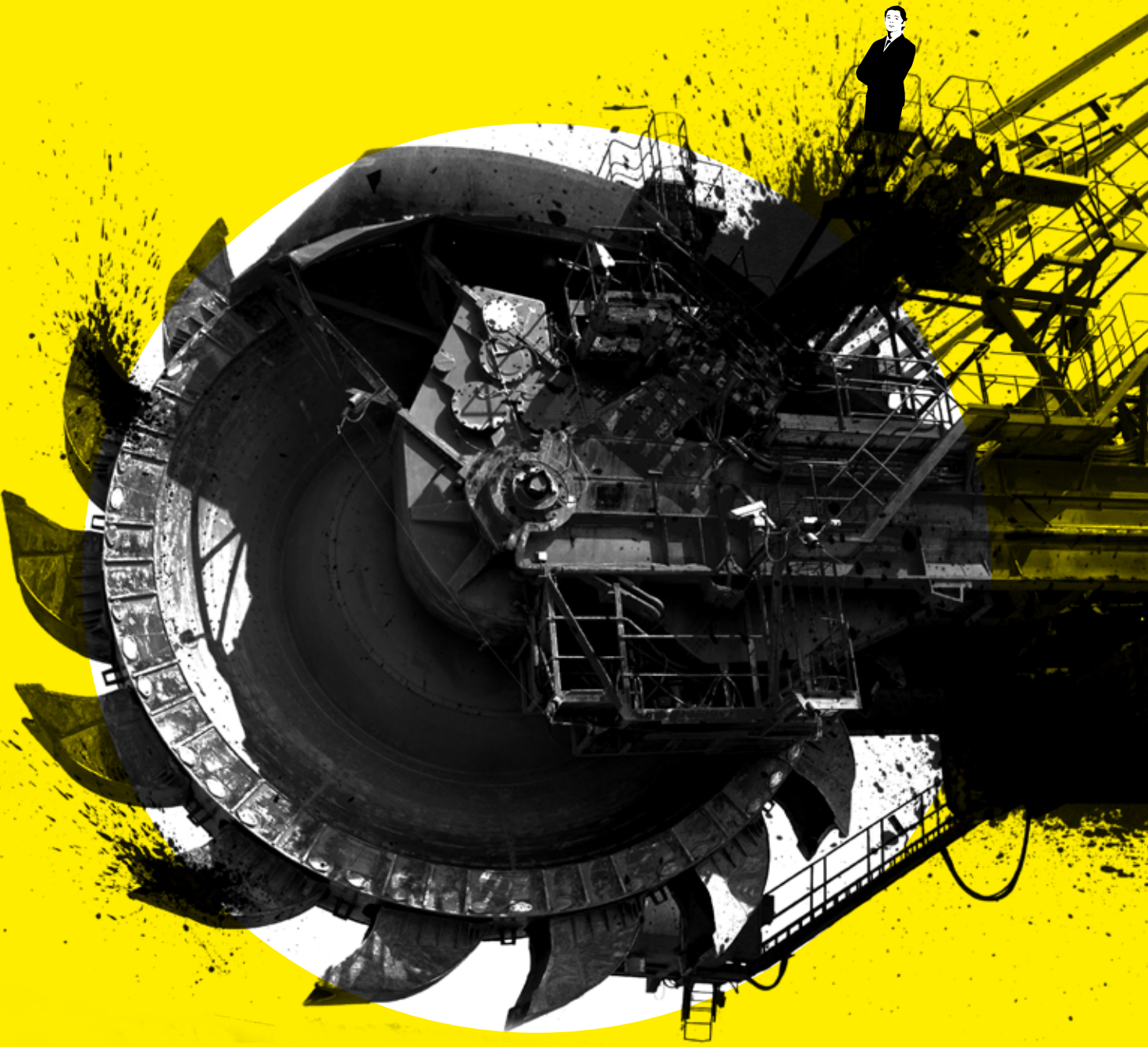
Toda ampliación del TCE... se debería estudiar con cautela y la carga de demostrar que los beneficios del ISDS superan a los riesgos debería recaer sobre quienes buscan expandir su uso.

Kyla Tienhaara y Christian Downie, Universidad Nacional Australiana⁷²

Referencias del capítulo 4

- 1 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2011) Policy on Outreach, Expansion and Consolidation – Report by the Secretary General, 29 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201102.pdf>, 4.
- 2 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2012) Approval of Final Draft of the “Policy on Consolidation, Expansion and Outreach”, 11 de julio, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201203.pdf>, 3.
- 3 Citado en: Ebru Sengul (2017) With enough gas storage, Turkey can become energy hub, Anadolu Agency, 6 de junio, <https://aa.com.tr/en/economy/with-enough-gas-storage-turkey-can-become-energy-hub/835532>.
- 4 Carta Internacional de la Energía (2015) Strengthening cooperation between the Energy Charter and Sub-Saharan African countries, 2 de marzo, <https://energycharter.org/media/news/article/strengthening-cooperation-between-the-energy-charter-and-sub-saharan-african-countries/>.
- 5 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017) Expansion of the Energy Charter to Africa and Asia: Undoing Reform in International Investment Law?, Investment Treaty News, 12 de junio, <https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/expansion-energy-charter-ect-africa-asia-undoing-reform-international-investment-law-nathalie-bernasconi-osterwalder/>.
- 6 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2017) Adoption by correspondence – Simplification of the accession procedure to the Energy Charter Treaty, 15 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201709.pdf>; Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2017) Report by the Secretary General and Progress Report on the CONEXO policy implementation 2017, 28 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201718.pdf>. La información complementaria se recopiló del sitio web de la Carta de la Energía y se verificó en una conversación por correo electrónico con Can Ögütçü, de la Secretaría del TCE, en marzo de 2018.
- 7 La imagen solo muestra los Estados que se encuentran en proceso claro de adhesión al TCE. No se mencionan los países que han firmado la Carta Internacional de la Energía, pero que ya son miembros del TCE. En el momento de escribir este informe, 88 Estados habían firmado la Carta Internacional de la Energía, muchos más de los enumerados aquí.
- 8 International Energy Charter, Energy Charter Liaison Embassies, <https://energycharter.org/what-we-do/conexo/energy-charter-liaison-embassies/>.
- 9 Por ejemplo, mientras se escribía este informe, Colombia estaba luchando contra una avalancha de demandas inversor-Estado relativas a la reducción de la minería en zonas naturales protegidas y una crisis financiera anterior; Gambia se estaba defendiendo en varias demandas por la anulación de algunos permisos de exploración para bloques de petróleo en alta mar; y Pakistán estaba tratando de anular un laudo de 800 millones de dólares a favor de un inversor turco. Véanse las respectivas noticias en *Investment Arbitration Reporter* (<https://www.iareporter.com/>).
- 10 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017), véase la nota 5.
- 11 Victoria Ritah Nalule (20016) Energy in the East African Community: The role of the Energy Charter Treaty, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Occasional/Energy_in_the_East_African_Community.pdf, 4.
- 12 Kyriaki Karadelis (2011) Interview: Graham Coop, general counsel of the Energy Charter Secretariat, *Global Energy Review*, 19 de septiembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20110919-Coop_GER_Interview.pdf, 10.
- 13 Véase, por ejemplo, esta larga lista de documentos y correos electrónicos publicados por la Dirección General de Cooperación Internacional y Desarrollo de la Comisión Europea (DEVCO) en el marco de la normativa de acceso a la información de la UE: <https://www.asktheeu.org/en/request/4272/response/13805/attach/7/main%20doc.pdf>.
- 14 Secretaría de la Carta de la Energía (2015) Report on 2015 and future outlook by the Secretary General, by the Energy Charter Groups and by the Industry Advisory Panel, 18 de noviembre, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/IAP_Communication_18_Nov_2015_EN.pdf, 14.
- 15 Lauge N. Skovgaard Poulsen (2015) Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries, Cambridge University Press.
- 16 *Ibid.*, x.
- 17 UNCTAD (2015) World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, 125.
- 18 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2015) Report by the Deputy Secretary General on CONEXO, 3 de diciembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2015/CCDEC201527.pdf>, 2.
- 19 Carta Internacional de la Energía (2018) Azerbaijan signs the International Energy Charter, 15 de marzo, https://energycharter.org/media/news/article/azerbaijan-signs-the-international-energy-charter/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=49b0c70566bca96fa48d2510d3bc011d. Cabe destacar que algunos de los actores más destacados del panorama energético internacional no forman parte de la Carta Internacional de la Energía, como Australia, Canadá, Indonesia, Brasil e India.
- 20 Carta Internacional de la Energía (2015) The Birth of a New Global Standard in Energy Security and Cooperation, <https://energycharter.org/media/news/article/the-birth-of-a-new-global-standard-in-energy-security-and-cooperation/>.
- 21 Maroš Šefčovič (2014), Speech at the 25th Meeting of the Energy Charter Conference, 27 de noviembre. En los archivos de Corporate Europe Observatory. Obtenido en el marco de la normativa de acceso a la información de la UE.
- 22 Secretaría de la Carta de la Energía (2015) Report on 2015 and future outlook by the Secretary General, by the Energy Charter Groups and by the Industry Advisory Panel, 18 de noviembre, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/IAP_Communication_18_Nov_2015_EN.pdf, 4.
- 23 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017), véase la nota 5.
- 24 Carta Internacional de la Energía (2018) The International Energy Charter expands relations with Observer Countries, 22 de enero, <https://energycharter.org/media/news/article/the-international-energy-charter-expands-relations-with-observer-countries/>.
- 25 Carta Internacional de la Energía (2018) Reconnecting with former Observer and outreach Countries, 13 de abril, <https://energycharter.org/media/news/article/reconnecting-with-former-observer-and-outreach-countries/>.
- 26 Allen & Overy (2014) The Energy Charter Treaty – 20 years on, 14 de abril, <http://www.allenoverly.com/news/en-gb/articles/Pages/The-E.aspx>.
- 27 Secretaría de la Carta de la Energía (2009) Programme of action to address energy poverty: focus on Africa, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20090527-Rome_G8_Ministerial_Background_Paper.pdf, 14.
- 28 Jonathan Bonnitcha (2017) Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>, 3-4, 10.
- 29 Karel Beckman (2012) Interview: Howard Chase, industry representative with the Energy Charter, *Elektor*, 22 de noviembre, <https://www.elektormagazine.com/news/Interview--Howard-Chase--industry-representative-with-the-Energy-Charter>.
- 30 Xavier Carim (2015) International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, South Centre Investment Policy Brief No. 4, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf, 4.
- 31 UNCTAD (2017) Press Release: Foreign Direct Investment To Latin America And The Caribbean Fell By 14 Per Cent In 2016, *Says UN Report*, 7 de junio, <http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=406>.
- 32 Kyla Tienhaara y Christian Downie, Risky Business: The Energy Charter Treaty, Renewable Energy and Investor-State Disputes, *Global Governance* (próxima publicación).
- 33 Xavier Carim (2015) International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, South Centre Investment Policy Brief No. 4, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf, 1.
- 34 Citado en: Ynske Boersma (2018) Living in the Shadow of Colombia's Largest Coal Mine, *Earth Island Journal*, 30 de enero, http://www.earthisland.org/journal/index.php/elist/eListRead/shadow_colombia_Coal_Mine_Carrejon/.
- 35 Véase, por ejemplo: *ibid.*

- 36 Christian W. (2017) Danish pension funds being invested in controversial Colombian mine, Copenhagen Post, 13 de noviembre, <http://cphpost.dk/news/business/danish-pension-funds-being-invested-in-controversial-colombian-mine.html>. Actualmente, Colombia no tiene ningún tratado bilateral de inversión con Dinamarca; véase la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre los tratados bilaterales de inversión de Colombia: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialnnerMenu>.
- 37 Global Witness (2017) Defender la Tierra. Asesinatos globales de defensores/as de la tierra y el medio ambiente en 2016, <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defender-la-tierra/>, 14.
- 38 CADTM et al. (2018) Nigeria-Morocco gas pipeline: Not in Our Interest, 23 de marzo, <http://www.cadtm.org/Nigeria-Morocco-gas-pipeline-Not>.
- 39 Véase, por ejemplo, este informe sobre el gasoducto de África Occidental: Friends of the Earth International y Gender Action (2011) Broken Promises. Gender Impacts of the World Bank-Financed West-African and Chad-Cameroon Pipelines, <http://www.genderaction.org/publications/11/chad-cam-wagp-pipelines.pdf>.
- 40 Según la base de datos de la UNCTAD (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iialnnerMenu>), en el momento de escribir este informe, los países contaban con el siguiente número de tratados bilaterales de inversión en vigor: Guinea-Bissau – 1; Togo y Sierra Leona – 2; Liberia – 3; Gambia – 5; Guinea – 6; Costa de Marfil – 7; Benin – 8; Ghana y Mauritania – 9; Nigeria – 15; Senegal – 17; Marruecos – 51.
- 41 Amar Guriro (2016) Pakistan's coal expansion brings misery to villagers in Thar desert, The Third Pole, 23 de agosto, <https://www.thethirdpole.net/2016/08/23/pakistans-coal-expansion-brings-misery-to-villagers-in-thar-desert/>.
- 42 Ibid.
- 43 Aunque China y Pakistán ya tienen un tratado bilateral de inversiones, su alcance es limitado, ya que solo puede ser objeto de arbitraje la suma de una indemnización por una expropiación. Véase: Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Islamic Republic of Pakistan on the reciprocal encouragement and protection of investments, 12 de febrero de 1989, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5660>, artículo 10.
- 44 Zofeen T. Ebrahim (2016) Seven year old sues Pakistan government over climate change, The Third Pole, 5 de julio de 2016, <https://www.thethirdpole.net/2016/07/05/seven-year-old-sues-pakistan-government-over-climate-change/>.
- 45 Lucas Destrijcker y Mahadi Diouara (2017) A forgotten community: The little town in Niger keeping the lights on in France, African Arguments, 18 de julio, <http://africanarguments.org/2017/07/18/a-forgotten-community-the-little-town-in-niger-keeping-the-lights-on-in-france-uranium-arlit-areva/>.
- 46 Véase, por ejemplo: Environmental Justice Atlas (2014) Areva Uranium mining in Imouraren, Niger, <https://ejatlas.org/conflict/areva-uranium-mining-in-imouraren-niger>; Environmental Justice Atlas (2014) Areva Uranium Mines in Agadez, Niger, <https://ejatlas.org/conflict/areva-uranium-mines-in-agadez-niger>.
- 47 Base de datos de la UNCTAD sobre los tratados bilaterales de inversión de Níger: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/152#iialnnerMenu>.
- 48 Sophie Edwards (2018) World Bank refinancing of Uganda's Bujagali hydropower scheme under the spotlight, Devex, 21 de febrero, <https://www.devex.com/news/world-bank-refinancing-of-uganda-s-bujagali-hydropower-scheme-under-the-spotlight-92132>.
- 49 Véase, por ejemplo: FIVAS y NAPE (2014) Unsettling Business. Social consequences of the Bujagali hydropower project, https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali_unsettlingbusiness_1.pdf.
- 50 Las indemnizaciones para los trabajadores lesionados son solo una de las muchas demandas de la comunidad de ONG que está supervisando la represa; véase, por ejemplo: Letter to the World Bank (2018) Resolving outstanding issues prior to Bujagali refinancing, 2 de febrero, https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali_refinance_sign-on_letter.pdf.
- 51 Véase: Base de datos de la UNCTAD sobre los tratados bilaterales de inversión de Uganda: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/218#iialnnerMenu>.
- 52 Abubakar Malami (2017) Address at the signing ceremony of the International Energy Charter (IEC) by Nigeria, 7 de marzo, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CONEXO/Speech_by_Atorney_General_and_Minister_of_Justice_of_Nigeria/EC_Address_By_HAGF-ENERGY_CHARTER_Signing_Abuja_7th_March_2017.pdf, 3.
- 53 Carta Internacional de la Energía (2016) Secretariat experts deliver a seminar on International Energy Charter in N'Djamena, Chad, 25 de julio, <https://energycharter.org/media/news/article/secretariat-experts-deliver-a-seminar-on-international-energy-charter-in-ndjamena-chad/>.
- 54 Carta Internacional de la Energía (2017) Kenya becomes a new Signatory of the International Energy Charter, 21 de marzo, <https://energycharter.org/media/news/article/kenya-becomes-a-new-signatory-of-the-international-energy-charter/>.
- 55 Ernesto Bonafé y Anris Piebalgs (2017) The New International Energy Charter: Sustainable Energy Transition, Investment Dispute Resolution and Market Regulation, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/50207/RSCAS_PB_2017_33_FSR.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 14.
- 56 Carta Internacional de la Energía (2015) Africa and the Energy Charter: the bountiful continent and the energy conundrum, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_And_Africa.pdf, 1.
- 57 Citado en: Jess Hill (2015) TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer, The Guardian, 10 de noviembre, <https://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>.
- 58 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2017), véase la nota 6, 20-22.
- 59 Kyriaki Karadelis (2011), véase la nota 12, 10.
- 60 Agencia Internacional de la Energía (2017) World Energy Investment 2017. Executive summary, <https://www.iea.org/Textbase/npsum/WEI2017SUM.pdf>, 2.
- 61 Tim Buckley et al. (2018) China 2017 Review, <http://ieefa.org/wp-content/uploads/2018/01/China-Review-2017.pdf>.
- 62 Urban Rusnák (2017) Treaty offers cooperation framework, China Daily, 8 de diciembre, https://europe.chinadaily.com.cn/epaper/2017-12/08/content_35256670.htm.
- 63 Zuhui Wang (2015) Securing Energy Flows from Central Asia to China and the Relevance of the Energy Charter Treaty to China, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/China_and_the_ECT_2015_en.pdf, 9, 40-44. Según los tratados de inversión chinos anteriores, solo puede ser objeto de arbitraje la suma de una indemnización por una expropiación, de manera que la aplicación de los tratados es relativamente limitada. Véase: Jonathan Bonnitcha et al. (2017) The Political Economy of the Investment Treaty Regime, Oxford University Press, 229.
- 64 Karry Lai (2016) Risks for Chinese investors in the One Belt One Road initiative, asialaw, 5 de diciembre, <https://www.asialaw.com/articles/risks-for-chinese-investors-in-the-one-belt-one-road-initiative/armhdfc>.
- 65 Broad & Bright (2016) China's Belt and Road Initiative and the Energy Charter Treaty, <http://www.broadbright.com/Documents/2016/Newsletter/China's%20Belt%20and%20Road%20Initiative%20and%20the%20Energy%20Charter%20Treaty.pdf>.
- 66 UNCTAD (2017) World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, 128, 145, 130-145.
- 67 Ernesto Bonafé y Anris Piebalgs (2017), véase la nota 55, 2.
- 68 Véase, por ejemplo: Lise Johnson et al. (2017) Investor-State Dispute Settlement: What Are We Trying to Achieve? Does ISDS Get us There?, 11 de diciembre, <http://ccsi.columbia.edu/2017/12/11/investor-state-dispute-settlement-what-are-we-trying-to-achieve-does-isds-get-us-there/>.
- 69 Citado en: Malcolm Langford et al. (2017) The Revolving Door in International Investment Arbitration, Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 322.
- 70 Tarcisio Gazzini (2017) The 2016 Morocco-Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties, Investment Treaty News, 26 de septiembre, <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.
- 71 Para más información sobre Sudáfrica y otras propuestas de reforma en materia de derecho sobre inversiones internacionales en África, véase: Thomas Kendra (2018) Intra-African investment treaties: in search of a new balance, *Global Arbitration Review*, 14 de febrero, https://globalarbitrationreview.com/article/1153206/intra-african-investment-treaties-in-search-of-a-new-balance?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=9172487_GAR%20Headlines%2014%2F02%2F2018&dm_i=IKSF,5GLJB,9GPLBB,L5NAC,1.
- 72 Kyla Tienhaara y Christian Downie, véase la nota 32.



Capítulo 5

El arma definitiva: cómo las grandes empresas pueden usar el Tratado sobre la Carta de la Energía para acabar con la transición energética

Los amplios derechos que se conceden a los inversores extranjeros en virtud de acuerdos como el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) han suscitado fuertes críticas. Frente a esta situación, la industria jurídica, que lucra enormemente con las demandas entre inversores y Estados, ha activado una acérrima defensa de su fuente de beneficios. Una de sus estrategias principales consiste en confundir al público presentando el TCE como una solución al calentamiento global. En realidad, el Tratado podría constituir una potente arma para socavar el abandono de los combustibles fósiles y la transición energética. En la batalla de las energías contaminantes contra las medidas resueltas en materia de cambio climático y por su propia supervivencia, el TCE podría convertirse en el arma definitiva del sector (y en el polo opuesto del Acuerdo de París).

Ante la feroz oposición pública al sistema de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS), abogados, árbitros e instituciones de arbitraje han organizado una defensa enérgica, sosteniendo que el TCE, y el ISDS en general, son herramientas eficaces para combatir el cambio climático.¹ Según sus argumentos, el TCE ayuda a atraer capital hacia las energías limpias porque reduce los riesgos de inversión. También afirman que el ISDS —seguramente el mecanismo de aplicación más potente del derecho internacional hoy día— puede ejercer una fuerte presión sobre los Estados para que cumplan sus promesas, como en los muchos casos con arreglo al TCE en que los inversores han demandado a los países por recortar las ayudas a proyectos de energías renovables (véase el cuadro 6 en la página 50). Por lo tanto, alegan, el ISDS podría “llenar el vacío”² de los tratados internacionales en materia de ambiente y clima, que suelen carecer de mecanismos de aplicación sólidos, para que los Estados rindan cuentas de sus compromisos.

Sin embargo, dos de las conclusiones principales de capítulos anteriores ponen este razonamiento en tela de juicio. En primer lugar, el arbitraje de inversiones en el marco del TCE presenta graves deficiencias de base (véase el cuadro 11 en la página 76 y el capítulo 3.3). Los procedimientos están rodeados de secretismo, plagados de conflictos de interés y manejados por árbitros que tienen fines de lucro y que han sobreinterpretado el derecho relativo a las inversiones desde un punto de vista puramente comercial, en lugar de hacerlo en interés público.

El TCE acoge con satisfacción todas las fuentes de energía.

Urban Rusnák, secretario general de la Secretaría del TCE⁴

El TCE crea un sistema de justicia paralelo, solo al alcance de grandes empresas y particulares ricos, que es contrario al Estado de derecho. En resumen: se trata de un sistema jurídico totalmente inadecuado para abordar el desafío del cambio climático.

En segundo lugar, no existen pruebas de que el TCE tenga realmente un efecto positivo sobre los flujos de inversión en ningún sector, incluido el de la energía limpia (véase el cuadro 10 en la página 71). El acuerdo no desincentiva las inversiones en petróleo, gas y carbón (que destruyen el clima) ni alienta una transición hacia una energía verdaderamente renovable de fuentes eólicas, mareomotrices y solares. Como señaló Urban Rusnák, secretario general del TCE: “El TCE es neutral con respecto a la tecnología.... Debemos utilizar toda la diversidad de fuentes de energía disponibles y el TCE acoge con satisfacción a todas ellas”.³

Pero lo más importante es que puede que el TCE no solo no facilite una transición de los combustibles fósiles a las energías renovables, sino que podría impedirla activamente. Teniendo en cuenta que el sector de la energía representa dos tercios del total de emisiones de gases de efecto invernadero,⁵ si deseamos evitar un calentamiento global catastrófico, el sector tendrá que descarbonizarse por completo. Esto significa que se debe poner fin a los nuevos proyectos de carbón, petróleo y gas; que aquellos que ya están en funcionamiento deben reducir su escala de forma significativa o clausurarse; y que nuestras sociedades deben funcionar con energía que provenga al ciento por ciento de fuentes renovables como la eólica y la solar.

Pero ya hemos visto lo que sucedió cuando Alemania intentó desnuclearizarse: fue demandada por Vattenfall, la empresa propietaria de una central de energía nuclear. Siguiendo un planteamiento parecido, si los países intentan ir abandonando paulatinamente los combustibles fósiles, existe un claro peligro de que las grandes compañías de petróleo, gas y carbón recurran al TCE para combatir las medidas necesarias para la transición hacia sistemas de energía que prácticamente no emiten gases de efecto invernadero. Aunque puede que aún no contemos con muchos ejemplos de países que estén apostando por la descarbonización a gran escala, si este fuera el caso, sería previsible que se desencadenara una ola de demandas en virtud del TCE.

A continuación, enumeramos ocho de los poderes del TCE que podrían hacer descarrilar la transición energética.

Poder 1: El TCE disuade a los Gobiernos de adoptar medidas eficaces en materia de clima

Actualmente, se considera, por lo común, que las amenazas de interponer unas costosas demandas como las del TCE en contra de los Gobiernos se han vuelto más importantes y se producen con mayor frecuencia que las demandas en sí. Entre bambalinas, las compañías

Las órdenes de compensación son de carácter retrospectivo y no tienen límite, y los costes de litigio del ISDS son altos. En consecuencia, los países afrontan un incentivo excepcional para evitar adoptar medidas de lucha contra el cambio climático, con el fin de limitar su posible responsabilidad en el marco del ISDS.

Gus van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall⁶

de energía contaminante admiten abiertamente que, como aseguraron en cierta ocasión los cabilderos del gigante petrolero estadounidense Chevron, “el ISDS es importante, ya que tiene un efecto disuasorio” con respecto a las decisiones que no les agradan.⁷ Un periodista ha comparado la amenaza de un arbitraje inversor-Estado con “exhibir un arma durante una negociación tensa; mejor no usarla, pero los tipos al otro lado de la mesa saben que está ahí”. Tras investigar en profundidad el tema durante 18 meses, concluyó: “Las amenazas son tan potentes que, muchas veces, acaban con la necesidad de presentar realmente una demanda. Basta solo con hacer saber que se podría producir”.⁸

No es de extrañar que cualquier Gobierno intente minimizar el riesgo jurídico de una demanda increíblemente gravosa y costosa. Un abogado y árbitro especializado en inversiones explica: “Ningún Estado desea verse sometido a un proceso internacional en el marco de un tratado. Tiene un impacto sobre las relaciones diplomáticas, puede tener un impacto sobre la solvencia crediticia de un Estado y puede tener un impacto directo que disuada la inversión extranjera en el futuro. Como profesional, puedo decirle que ahora hay Estados que buscan asesoramiento de un abogado antes de promulgar determinadas políticas para saber si estas pueden plantear, o no, el riesgo de una demanda inversor-Estado”.¹⁰ Por lo tanto, si existe el riesgo de una demanda que entrañe un coste punitivo, los Gobiernos podrían pensárselo dos veces antes de adoptar políticas que no les gusten a los grandes contaminadores, como la eliminación gradual del carbón o la prohibición de nuevas perforaciones de petróleo y gas.

En el contexto de la transición energética, los abogados de arbitraje animan abiertamente a sus clientes multinacionales a utilizar la amenaza de una demanda costosa como una forma de asustar a los Gobiernos y presionarlos para que cedan. Por ejemplo, el bufete Steptoe & Johnson alaba la protección de las inversiones como “una herramienta extremadamente importante” para los productores de energía y sus grupos de presión “a la hora de luchar contra cambios legislativos en la regulación sobre energía renovable”.¹¹ Estos cambios pueden ir desde los objetivos en materia de energía renovable al recorte de los subsidios concedidos a los combustibles fósiles.

Es probable que el público nunca llegue a conocer la mayoría de las amenazas ISDS y sus efectos, en especial cuando se han utilizado para que no se adopten medidas de lucha contra el cambio climático. Los funcionarios de un Gobierno se mostrarán reacios a admitir que abandonaron una política por temor a ser demandados. Según *Investment Arbitration Reporter*, “no es tan poco habitual que los Gobiernos mantengan a espaldas de la opinión pública los detalles de las controversias inversor-Estado... sobre todo en lo que respecta a las amenazas iniciales”. En noviembre de 2017, este sitio de noticias informó que Alemania mantenía “consultas con ‘compañías’ en relación con una controversia vinculada con la generación de energía eólica en alta

El ISDS es un sistema tan sesgado e impredecible, y las multas que pueden imponer los árbitros son tan desastrosamente elevadas, que ceder a las demandas de una compañía, por extremas que resulten, parece ser la decisión prudente.

Chris Hamby, periodista ganador del Premio Pulitzer⁹

Cada mes recibo una amenaza... Debemos evaluar los riesgos, la solidez de la demanda. Intentamos minimizar los costes del Estado.

Marie Talasova, abogada del Ministerio de Finanzas de la República Checa y responsable de la defensa en arbitrajes con arreglo al ISDS, incluido en virtud del TCE¹²

mar” al amparo del TCE. Sin embargo, el Ministerio responsable se negó a revelar más información, incluso después de que algunos parlamentarios solicitaran los nombres de las compañías y aclaraciones sobre sus quejas.¹³

Poder 2: El TCE protege los proyectos de combustibles fósiles, tanto presentes como futuros

Los científicos especialistas en clima coinciden en que, si no queremos destruir el planeta, tres cuartas partes de los combustibles fósiles del mundo se deben mantener bajo tierra.¹⁴ Si extraemos más carbón, petróleo y gas, y los quemamos, no podremos cumplir el Acuerdo de París y evitar un aumento de la temperatura global de 2°C —y mucho menos de 1,5°C—, la línea roja que han trazado la ciencia y los Gobiernos.

Pero los Gobiernos que clausuren plantas de energía contaminante o detengan proyectos de oleoductos para mantener los combustibles fósiles bajo tierra podrían ser considerados responsables de daños millonarios —e incluso multimillonarios— en virtud del TCE. En una entrevista de 2011, el entonces abogado principal de la Secretaría del TCE dejó claro por qué. En referencia a los proyectos de energía nuclear, petróleo y gas, apuntó: “Si un Estado permitiera el desarrollo en uno de estos ámbitos durante cierto tiempo, recibiendo capital de inversores extranjeros, y luego prohibiera ese desarrollo y provocara que los inversores perdieran el capital invertido, eso podría dar lugar a una demanda en el marco del tratado”.¹⁵ Pero esto es lo que muchos Estados han hecho durante décadas: permitir a las empresas extraer grandes cantidades de petróleo, gas y carbón.

Este riesgo queda bien ilustrado por la demanda de Vattenfall contra Alemania, país al que la empresa exigía 4300 millones de euros por el cierre de dos centrales nucleares tras la catástrofe de Fukushima (véase el cuadro 5 en la página 46). Otro ejemplo revelador procede del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre los Estados Unidos, Canadá y México, que incluye derechos de los inversores parecidos a los del TCE. En 2013, la compañía de petróleo y gas Lone Pine demandó a Canadá en virtud del TLCAN, reclamándole 118,9 millones de dólares por introducir una moratoria sobre la fracturación hidráulica (*fracking*), un método controvertido para extraer gas y petróleo que contamina el agua y libera metano a la atmósfera, algo resulta perjudicial para el clima.¹⁷ En ambos casos, los Gobiernos podrían terminar pagando un alto precio por proteger el medioambiente.

El TCE también se puede emplear para ejercer una presión notable sobre los Gobiernos y que estos autoricen nuevos proyectos que acelerarían el cambio climático y reforzarían aún más la dependencia de los combustibles fósiles. Así lo ejemplifica la demanda presentada por Rockhopper contra Italia en virtud del TCE porque el país decidió prohibir nuevos proyectos de perforación de petróleo en alta mar (véase el

Está surgiendo una nueva ‘ola’ de casos estatales que cuestionan el papel de los Estados en lo que atañe a la aplicación de políticas ambientales y de protección climática que afectan a los inversores extranjeros.

Wendy Miles y Nicola Swan, del bufete Debevoise & Plimpton¹⁶

La transición energética de los combustibles fósiles a las energías renovables exigirá que Estados y entidades estatales se replanteen, y seguramente recalibren, los acuerdos vigentes de emisión de licencias, concesión y participación en la producción, que dan lugar a demandas de los inversores.

Revista *Global Arbitration Review*²¹

Cuadro 12

Cómo una compañía petrolera podría ganar millones con pozos que nunca construyó: Rockhopper contra Italia

En mayo de 2017, la compañía de petróleo y gas Rockhopper, con sede en el Reino Unido, demandó a Italia porque el Estado se negó a otorgarle una concesión para la perforación de petróleo en el Ombrina Mare, un yacimiento situado en el mar Adriático.²² La negativa se produjo después de que el Parlamento italiano prohibiera, en 2016, nuevas actividades de petróleo y gas cerca de las costas del país, por las preocupaciones que generaban sus efectos en el medioambiente, el elevado riesgo de terremotos y la fuerte oposición de los vecinos a estos proyectos.²³ Rockhopper reclama que se le indemnice con la suma de entre 40 y 50 millones de dólares por los gastos irre recuperables y con entre 200 y 300 millones de dólares por las ganancias que podría haber conseguido con el yacimiento petrolífero si no se hubiera prohibido el proyecto.²⁴

El caso es llamativo porque pone de manifiesto que el TCE se puede usar para...

...eludir la oposición pública a los proyectos de energía contaminante:

La prohibición del Parlamento italiano de nuevos proyectos de perforación cerca de la costa italiana llegó tras una década de protestas y campañas por parte de los residentes en muchas regiones costeras de Italia. En abril de 2013, unas 40 000 personas —“desde la iglesia católica hasta grupos de jóvenes con rastas, desde la industria turística de la zona hasta los alcaldes de la costa, independientemente de su afiliación política”, según lo explica la propia campaña—²⁵ tomaron las calles de Pescara para protestar contra el proyecto de Ombrina Mare.²⁶ Ahora, podrían tener que pagar un alto precio por haber empujado al Parlamento italiano a detener toda nueva actividad de perforación petrolera, que destruye el clima.

...demandar a los países después de que hayan abandonado el acuerdo:

Después de que le alcanzara la primera demanda por millones de euros en virtud del TCE, Italia anunció que abandonaba el tratado a fines de 2014.²⁸ La demanda de Rockhopper contra el país se registró 27 meses más tarde. Esto es posible debido a la antidemocrática cláusula ‘de continuidad contractual’ o ‘zombi’, que permite que los derechos de los inversores con arreglo al TCE se mantengan vigentes incluso después de que un país se haya retirado del Tratado. En el caso de las inversiones realizadas antes de que entrara en vigor la retirada de Italia (el 1 de enero de 2016), el país aún puede ser demandado durante dos décadas más en virtud del TCE, es decir, hasta el 1 de enero de 2036. De forma que, aunque ya es el segundo Estado más demandado en el marco del TCE, y a pesar de haberse retirado de él, Italia podría verse afectada por muchas más demandas.

...dejar que financiadores adinerados ejerzan una presión añadida sobre los países:

Los costes jurídicos de Rockhopper están cubiertos por un financiador de litigios desconocido que se embolsará una parte del posible laudo.²⁹ Esto permite a la compañía alargar fácilmente el proceso, incrementando los costes de defensa de Italia y haciendo que el país sea más propenso a ceder a sus exigencias. Dado que en los procesos del TCE no es necesario revelar este tipo de acuerdos de financiación, puede que nunca salgan a la luz los posibles conflictos de interés que podría tener un árbitro debido a sus vínculos con el financiador.

¿Qué les dirán a sus hijos, a sus familias? ¿Que ganaron dinero intimidando a una comunidad pacífica? ¿Que les importa un bledo el cambio climático y que, mientras todo el planeta habla de mantener los combustibles fósiles bajo tierra, tienen el descaro de venir a un país extranjero y perforar a la fuerza?

Maria D’Orsogna, de la campaña NoOilAbruzzo, en una carta abierta a los inversores de Rockhopper²⁷

Si realmente queremos luchar contra el cambio climático, debemos dejar alrededor del 80 % de nuestras reservas de petróleo y en torno a un tercio de nuestras reservas de gas bajo tierra... Realmente no entiendo por qué Italia, un país con un enorme potencial en lo que se refiere a eficiencia energética y energías renovables, debe insistir en la extracción de petróleo y gas.

Monica Frassoni, europarlamentaria italiana³⁰

cuadro 12 en la página 85) y otro caso paradigmático en el contexto del TLCAN: en 2016, la promotora de un oleoducto, TransCanada, demandó a los Estados Unidos por la astronómica cifra de 15 000 millones de dólares en concepto de daños después de que el Gobierno de Obama rechazara el proyecto de oleoducto Keystone XL, que habría incrementado las emisiones de CO₂ hasta 110 millones de toneladas al año.¹⁸ Si bien la compañía retiró la demanda cuando el Gobierno de Trump aprobó el proyecto, es importante señalar que los expertos jurídicos consideraron que TransCanada tenía muchas posibilidades de ganar.¹⁹

Todos estos casos implicaron la cancelación de ciertas licencias o permisos (por ejemplo, para extraer gas) o la negativa de conceder las licencias necesarias. Este hecho es destacable porque en las controversias entre inversores y Estados a escala global, las grandes empresas han cuestionado la retirada o la denegación de licencias con mayor frecuencia que cualquier otra medida gubernamental.²⁰ En otras palabras: aunque resulta de vital importancia evitar que la industria de los combustibles fósiles extraiga más carbón, gas y petróleo, las decisiones que se necesitan para limitar esas actividades son especialmente vulnerables a unas costosas demandas en el marco del TCE.

Poder 3: El TCE blinda los subsidios para los contaminantes

La Carta de la Energía se ha asociado con el sector del petróleo y el gas, y el gran número de arbitrajes de inversión en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) podría constituir un obstáculo para eliminar los subsidios a los combustibles fósiles e impulsar la transición hacia una energía con bajas emisiones de carbono.

Del informe sobre un evento conjunto de la Secretaría del TCE y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en julio de 2016³²

Solo los países del G20 subsidian la producción de petróleo, carbón y gas con la asombrosa suma de 70 millones de dólares de dinero de los contribuyentes cada año. Los subsidios más evidentes adoptan la forma de exenciones tributarias y financiación directa, pero también hay otro tipo de ayudas (por ejemplo, la oferta de recursos como tierras y agua a precios inferiores al mercado). Este apoyo fomenta lo que un informe del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible denomina ‘energía zombi’ que, de otro modo, no resultaría viable. Eliminar los subsidios a los productores de combustibles fósiles, afirman, “equivaldría, más o menos, a eliminar todas las emisiones del sector de la aviación”.³¹

Pero es muy probable que los recortes en las ayudas estatales a los combustibles fósiles den lugar a unas costosas demandas de inversores al amparo del TCE. Aunque resulte irónico —y desastroso para el clima—, hasta la fecha prácticamente no se han reducido los subsidios estatales a los combustibles fósiles, por lo que no han surgido muchos motivos de demanda. Pero teniendo en cuenta lo que hemos visto a partir del comportamiento de los inversores cuando están en juego sus ganancias, el TCE podría convertirse en una herramienta muy poderosa para que las compañías de energía contaminante demanden a los Estados y eviten las medidas en favor del clima. Por lo tanto, aunque hasta ahora no se conocen demandas contra la reducción de las ayudas a los combustibles fósiles, los argumentos presentados en demandas anteriores en virtud del TCE dan una idea del planteamiento

que podrían adoptar (véase, por ejemplo, el cuadro 6 en la página 50, centrado en los secretos sucios de la ola de demandas relacionadas con las energías renovables al amparo del TCE).

Tomemos el primer caso vinculado con la energía solar, por el que, tras perder la demanda, España fue condenada a pagar 128 millones de euros en concepto de daños al fondo de capital privado Eiser. Los árbitros resolvieron que España había violado la obligación de reservar a los inversores “un trato justo y equitativo” en virtud del TCE por “alterar radicalmente” un “régimen regulatorio favorable” que había atraído a Eiser y otros inversores, pero que, posteriormente, fue “reemplazado definitivamente por un régimen completamente nuevo”.³³ ¿Qué sucedería si el “régimen regulatorio favorable” del que gozan actualmente las grandes compañías de petróleo, carbón y gas (es decir, miles de millones en subsidios a los combustibles fósiles) fuera sustituido por un “régimen completamente nuevo” (es decir, cero subsidios para los combustibles fósiles)?

Poder 4: El TCE desvía dinero público necesario para financiar la transición energética

Para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París, las inversiones en energía limpia deben aumentar de forma significativa con respecto a los niveles actuales, hasta alcanzar un promedio de más de 700 000 millones de dólares por año.³⁵ Según un estudio de la Universidad de Sussex, para ello no solo se necesitará dinero privado, sino también grandes sumas de dinero público. El estudio concluyó que los bancos estatales y los servicios públicos, que tienen menos afán de lucro que los financiadores privados, hasta ahora han sido los principales financiadores de proyectos de tecnología inciertos y de alto riesgo que lograron innovar en el sector de las energías renovables. Por lo tanto, los actores públicos han sido las verdaderas “locomotoras” financieras de la transición energética y tendrán que seguir desempeñando ese papel.³⁶

Sin embargo, los amplios privilegios concedidos a los inversores en el marco del TCE y otros acuerdos amenazan con desviar dinero público del cometido fundamental de financiar la transición energética. Según la UNCTAD, los laudos de indemnización que pueden imponer los árbitros a los Gobiernos, que no tienen un límite máximo, pueden “ejercer presiones significativas sobre las finanzas públicas”.³⁷ Los Gobiernos ya han sido condenados o han accedido a pagar 51 200 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios como resultado de demandas en virtud del TCE, y los costes jurídicos también han supuesto una pesada carga sobre los presupuestos públicos (véase el capítulo 2). Este dinero ya no se puede gastar en nuevas turbinas eólicas ni en otras infraestructuras sostenibles, en reorientar a los trabajadores y las trabajadoras de proyectos de combustibles fósiles ya clausurados o en proporcionar un acceso universal a la energía.

Las grandes empresas de combustibles fósiles llevan décadas presentando... controversias relativas a inversiones por expropiaciones directas y otros asuntos, como la subida de impuestos. Por lo tanto, ya se sienten cómodas con el ISDS y entienden cómo y cuándo usarlo. Aplicar esta táctica a la nueva era de la política en materia de cambio climático será bastante sencillo.

Kyla Tienhaara, Universidad Nacional Australiana³⁴

Los fondos públicos se deberían emplear para apoyar el giro hacia la energía limpia, y no para compensar a los contaminadores por su pérdida de ganancias futuras cuando no han adaptado su modelo empresarial de manera oportuna y responsable.

Gus van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall³⁸

Las normas internacionales relativas a inversiones, en especial el estándar del trato justo y equitativo, podrían proteger a los inversores extranjeros en producción de electricidad de la introducción de topes a los precios o la reintroducción de regulaciones sobre los precios de la electricidad liberalizados.

Anatole Boute, profesor de la Universidad China de Hong Kong⁴⁴

La solución de controversias inversor-Estado pone los derechos de las compañías por encima de los derechos humanos. Sus repercusiones son devastadoras... debemos abolirla.

Alfred de Zayas, experto de la ONU sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo⁴⁹

Poder 5: El TCE socava los precios asequibles de la electricidad

Para que la transición energética funcione y consiga una amplia aceptación, debe beneficiar a todos y a todas, en especial aquellas personas que ahora carecen de acceso a una energía asequible para necesidades básicas como cocinar o mantenerse calientes. Según la Agencia Internacional de la Energía, 1100 millones de personas (el 14 % de la población mundial) carecen de acceso a la electricidad, mientras que muchas más reciben un servicio deficiente e inadecuado.³⁹ Las implicaciones de ello para la salud de las personas, su educación e iniciativas empresariales pueden ser notables.

La pobreza energética no es un problema que afecte únicamente a los países en desarrollo. Según un estudio publicado en 2015 por la Comisión Europea, casi el 11 % de la población de la UE está en situación de riesgo de caer en ella. En sus páginas, se apunta que en Bulgaria, Chipre y Grecia, entre otros países, las personas no pueden permitirse calentar adecuadamente sus hogares.⁴⁰ En el Reino Unido, donde se calcula que mueren más personas por la pobreza de combustible que por accidentes de tráfico o por abuso de drogas y alcohol,⁴¹ el Gobierno anunció en 2017 que introduciría un tope a los precios de la energía, con miras a poner fin a las supuestas facturas “sacacuartos” de las empresas de servicios más grandes del país.⁴²

Esta medida del Gobierno para reducir la pobreza energética podría desencadenar demandas de los inversores en virtud del TCE. “En el Reino Unido, es probable que surjan más controversias relacionadas con el marco regulatorio”, predijo un abogado de inversiones en una conferencia celebrada en junio de 2017, aludiendo al inminente “enfoque intervencionista” del Gobierno con respecto a los precios de la energía.⁴³ El presagio de este abogado no surgía de la nada: varios países de Europa Oriental ya han sido demandados por cientos de millones de dólares en virtud del TCE por haber adoptado medidas para frenar las ganancias de las grandes empresas energéticas y bajar los precios de la electricidad.

Uno de los primeros de este tipo de casos fue presentado en 2007 por una filial británica del gigante de la energía AES, una empresa de la lista Fortune 200 con sede en los Estados Unidos, contra Hungría.⁴⁵ AES reclamaba una indemnización de 230 millones de dólares porque el Parlamento húngaro había introducido un régimen para regular los precios que se pagaban a las compañías de electricidad en un intento por frenar sus ganancias excesivas. En aquel momento, los húngaros gastaban un 16 % de sus ingresos en facturas de energía, el doble que la media europea.⁴⁶ Aunque los árbitros fallaron en contra de AES en 2010, al determinar que “afrentar los beneficios excesivos constituye un objetivo normativo perfectamente válido y racional por parte de un Gobierno”, Hungría tuvo que pagar los honorarios de sus

propios abogados y la mitad de los costes del tribunal: 5,9 millones de dólares en total.⁴⁷ Otro caso paralelo, presentado por la empresa belga Electrabel (propiedad del gigante francés de la energía Engie), también se desestimó en 2015, pero una vez más, Hungría tuvo que pagar los costes jurídicos; en esta ocasión, por un total de casi 10,1 millones de dólares.⁴⁸ Como no existen precedentes legales en el marco del TCE, los árbitros podrían llegar a otras conclusiones en otros casos relativos a la regulación de precios, como por ejemplo, en las tres demandas en curso contra Bulgaria, el Estado miembro de la UE con mayor índice de pobreza energética (véase el cuadro 1 en la página 14).

Poder 6: El TCE blinda las carencias de las privatizaciones energéticas

En muchos lugares del mundo, las comunidades y los Gobiernos, en especial a escala local, están dando marcha atrás en los procesos fallidos de privatización y volviendo a poner en manos públicas los sistemas de distribución de energía. Entre 2000 y 2017, se recuperaron como mínimo 189 servicios de energía y se crearon otros 122 después de que los procesos de privatización no cumplieran con sus promesas.⁵⁰ A menudo, estos procesos privatizadores han desembocado en precios más altos para los consumidores, una peor calidad del servicio, la falta de inversiones en infraestructura, el despido de trabajadores y trabajadoras, el endurecimiento de las condiciones laborales y un largo etcétera de aspectos negativos.

La desarticulación inicial de los antiguos monopolios nacionales fue seguida en muchas ocasiones de procesos de reintegración, liberalización y privatización, lo cual también allanó el camino hacia la creación de nuevos cárteles en el sector eléctrico. Estos suelen estar dominados por grandes transnacionales de los combustibles fósiles que llevan años frenando la transición hacia una energía limpia.⁵¹ Los sistemas de energía que pertenecen a unas pocas grandes compañías también han ayudado a alimentar las objeciones públicas a los proyectos de energía renovable, que en ocasiones han entorpecido o incluso bloqueado su puesta en práctica. Sin embargo, es más probable que los ciudadanos de a pie den la bienvenida a las turbinas eólicas y las plantas solares si poseen, total o parcialmente, las instalaciones y si las ganancias se quedan en la comunidad.⁵²

Este es el motivo por el que el llamamiento a favor de la ampliación a gran escala de las energías renovables suele vincularse con la demanda de la propiedad pública del sistema energético y el protagonismo que deben desempeñar las personas y las comunidades en la transición energética. Como manifestó en febrero de 2018 el máximo dirigente del Partido Laborista británico, Jeremy Corbyn, “para proteger el medioambiente, debemos asumir el control de nuestra energía”, abogando por sistemas de energía públicos y locales para responder al cambio climático.⁵³

La transición a un sistema energético equitativo y sustentable solo puede suceder a partir de un cambio decisivo de poder hacia la fuerza laboral, las comunidades y el público.

Sindicatos por la Democracia Energética (TUED)⁵⁴

El TCE impone a los Estados la obligación de no modificar sus marcos regulatorios de modo que afecten sustancialmente a la economía de las inversiones a largo plazo en energía.

Abogados del Allen & Overy, bufete especializado en arbitraje de inversiones⁵⁹

A medida que las fuerzas contra los combustibles fósiles ganan impulso, las compañías extractivas están empezando a contraatacar con un instrumento familiar: las disposiciones de protección de los inversores en los tratados de libre comercio.

Naomi Klein, periodista y escritora⁶⁵

Sin embargo, acabar con los procesos fallidos de privatización energética puede dar lugar a posibles demandas inversor-Estado que pueden costar millones. Esto es lo que le sucedió a Albania después de revocar la licencia de distribución eléctrica del gigante checo de la energía ČEZ, que, en 2013, respondió interponiendo una demanda en virtud del TCE por la que reclamaba 190 millones de euros.⁵⁵ La licencia se revocó después de que ČEZ hubiera cortado la electricidad a los servicios de agua y saneamiento de varios municipios albaneses, hubiera acumulado una deuda notable con el Gobierno y hubiera incumplido otras obligaciones contractuales como, por ejemplo, reducir las pérdidas de energía e invertir en la red eléctrica.⁵⁶ Los albaneses también se habían quejado por los altos precios, el mal servicio (o incluso la ausencia de este) y los cortes de suministro. Además, ČEZ había enfrentado investigaciones de fraude por parte de la fiscalía de Tirana, entre otras cuestiones por emitir multas falsas a clientes reales y ficticios con el fin de aumentar sobre el papel sus presuntas pérdidas y lograr que los reguladores albaneses aprobaran el aumento de los precios.⁵⁷ En 2014, Albania llegó a un acuerdo y accedió a pagar 100 millones de euros en concepto de daños, al parecer bajo una presión significativa de la República Checa (el propietario mayoritario de ČEZ), que había amenazado con usar su derecho de veto para bloquear a Albania en su condición de candidato para adherirse a la UE.⁵⁸

Tanto los abogados especializados en inversiones como los financieros especulativos de los altos costes jurídicos que entrañan las controversias inversor-Estado (véase el capítulo 3.3) prevén que surjan más demandas relacionadas con los cambios posteriores a procesos de privatización en el sector energético en Europa Oriental. “Creo que es probable que presenciemos un aumento del número de controversias en virtud de tratados vinculadas con la electricidad en Europa Central y Oriental”, predijo un abogado del bufete Freshfields en 2015, ya que “el proceso de privatización y sustitución de la infraestructura eléctrica es muy parecido al que tuvo lugar en Argentina durante la década de 1990”.⁶⁰ Con ello, aludía a la forma en que, como respuesta a una crisis económica en 2001-2002, Argentina adoptó medidas para corregir algunos de los efectos negativos de las privatizaciones, como, por ejemplo, la congelación de las tarifas de los servicios para garantizar el acceso de las personas a la energía. Como consecuencia de ello, se encontró con numerosas demandas de inversores (que en parte prosperaron).⁶¹ Incluso aunque no se produzca una crisis económica como la que experimentó Argentina, los abogados ven paralelismos y consideran “inevitables” algunas nuevas intervenciones estatales en el sector de la energía después de las privatizaciones en Europa Oriental.⁶² En otras palabras: hay terreno fértil para futuras controversias al amparo del TCE.

Cuadro 13

Las reformas propuestas para el TCE: un poco de maquillaje y muchas deficiencias

Dado que los privilegios concedidos a los inversores como los que contempla el TCE son cada vez más controvertidos en todo el mundo, la UE y otros actores están intentando mantener este régimen jurídico para la élite global introduciendo algunos cambios superficiales. Otros han planteado reformas de mayor calado. Varios de los procesos en curso y las propuestas de reforma del ISDS podrían afectar al TCE y los procedimientos legales en virtud del acuerdo:

La modernización del TCE: En 2017, los actores que integran la Carta de la Energía comenzaron a evaluar “la posible necesidad y/o utilidad de actualizar, aclarar o modernizar” los derechos de los inversores con arreglo al TCE.⁶⁹ Sin embargo, en una hoja de ruta para desplegar esta tarea, se señala que “los fundamentos de las disposiciones relativas a inversiones deben permanecer intactos”.⁷⁰ Un primer documento de debate de la Secretaría del TCE excluye varias opciones de reforma significativas que se están llevando a cabo en otros lugares⁷¹ (como, por ejemplo, la exigencia de que se agoten los recursos locales antes de que un inversor pueda acudir a un arbitraje o la eliminación de algunas disposiciones del TCE especialmente peligrosas, como el “trato justo y equitativo” o la “cláusula de aplicabilidad general”).⁷² Incluso algunas reformas menores, como que las controversias en el marco del TCE sean más transparentes, parecen despertar polémica entre algunos miembros del TCE⁷³ y quienes conocen bien el proceso interno consideran que “no es realista” esperar que el Tratado se enmiende.⁷⁴

El proyecto de Tribunal Multilateral de Inversiones: La UE se propone establecer, bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), un Tribunal Multilateral de Inversiones.⁷⁵ Si este llegara a materializarse y si las partes del TCE decidieran adherirse a él, las futuras controversias en virtud del TCE quizá podrían ser algo más transparentes, entre otras cosas por depender de jueces con un salario fijo (en lugar de árbitros con fines de lucro y con fuertes incentivos financieros para fallar a favor de los inversores). Sin embargo, los derechos de gran alcance de los inversores, que constituyen la base de las demandas actuales en virtud del TCE, no se verían afectados por estas reformas de carácter procedimental. De hecho, un tribunal de este tipo institucionalizaría aún más los derechos consagrados en los tratados, que a menudo son más favorables a los inversores que los que se encuentran en la legislación nacional, y que imponen restricciones importantes a los Estados para actuar en interés de sus poblaciones y del planeta.⁷⁶

Una excepción para el ISDS en caso de medidas climáticas: Gus van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, ha desarrollado una propuesta de mayor alcance. En el período previo a las negociaciones sobre el clima de la ONU en 2015, propuso que en el Acuerdo de París se incluyera una cláusula de excepción que protegiera de las demandas inversor-Estado, incluido al amparo del TCE, todas las medidas tomadas por los Gobiernos con el fin de preservar el clima.⁷⁷ La formulación no entró en el Acuerdo de París, pero contó con el apoyo del Parlamento Europeo.⁷⁸ Aunque esa excepción podría salvaguardar algunas medidas para detener el calentamiento global frente a los ataques de los inversores con arreglo al TCE, no abarcaría aquellas decisiones gubernamentales que no estén relacionadas estrictamente con el cambio climático, sino que sean de interés público: por ejemplo, la regulación de los precios para que la energía sea asequible o las restricciones impuestas a proyectos de energía que pueden entrañar un desastre para el medioambiente, pero que se consideran bajos emisores de gases de efecto invernadero (como los nucleares).

Poder 7: El TCE socava la participación pública y la toma democrática de decisiones

Está cada vez más claro que este sistema es ideal para los inversores, pero puede que no sea adecuado para la gobernanza democrática en general.

Beth Simmons, profesora de la Universidad de Harvard⁶⁸

El derecho del público a participar en las decisiones relacionadas con el medioambiente es un principio básico del derecho ambiental internacional. También consta en el Acuerdo de París (artículo 12), que subraya la necesidad de empoderar a la ciudadanía para que desempeñe un papel activo en la lucha contra el cambio climático, a fin de mejorar la calidad de determinadas acciones para reducir las emisiones e incrementar el apoyo a estas. Implicar a las comunidades locales puede ayudar a superar obstáculos para implementar acciones en materia de clima (por ejemplo, cuando los residentes locales se oponen a un nuevo parque eólico) e incluso incrementar las medidas para combatir el calentamiento global (por ejemplo, al mostrar a las comunidades que reducir sus emisiones de CO₂ puede suponer un ahorro de dinero en las facturas de combustible).⁶³

La transición energética ya está impulsada en gran parte por ciudadanía, municipios y cooperativas. En los dos países europeos que han instalado más energía renovable desde 2009, Dinamarca y Alemania, la participación ciudadana en la transición es notable. Por ejemplo, en Dinamarca, la propiedad de las iniciativas de proyectos eólicos debe corresponder en al menos un 20 % a las comunidades locales.⁶⁴ En otros lugares, ciudadanía y comunidades se enfrentan a los contaminadores bloqueando nuevos oleoductos, prohibiendo el *fracking* y fortaleciendo las reglamentaciones exigidas a proyectos que son desastrosos para el medioambiente.

Pero el TCE puede ser una potente arma en las manos de los intereses empresariales vinculados con los combustibles fósiles. Las grandes demandas financieras de los inversores pueden presionar a los Gobiernos para que cedan a las exigencias corporativas y eviten la oposición pública y la toma democrática de decisiones. Tomemos el ejemplo del primer caso de Vattenfall contra Alemania (véase el cuadro 3 en la página 23): se resolvió después de que la administración local de Hamburgo accediera a flexibilizar las restricciones medioambientales impuestas a una central eléctrica de carbón; restricciones que se habían adoptado después de años de fuertes protestas locales bajo el lema de “el carbón mata el ambiente”. Algunos analistas han sugerido que lo que realmente perseguía Vattenfall era este “enfriamiento regulatorio”, de forma que la amenaza de exigir una indemnización monetaria era solo un medio para alcanzar un fin determinado. Y los políticos locales han admitido que el temor a tener que desembolsar 1400 millones de euros de dinero de los contribuyentes fue lo que los presionó para llegar al acuerdo con la otra parte.

Otros casos que también ocupan un lugar destacado en este informe demuestran cómo el TCE puede actuar como una puerta trasera jurídica para los inversores cuyos proyectos se ven obstaculizados por

la democracia local. El abandono de la energía nuclear por parte de Alemania, al que objeta Vattenfall, fue fruto de décadas de un fuerte movimiento antinuclear en el país; la decisión de Bulgaria de rebajar los precios de la electricidad —ahora cuestionados por tres demandas en virtud del TCE— fue adoptada por un nuevo Gobierno después de que el anterior renunciara a raíz de una serie de protestas a escala nacional contra las altas facturas de la energía en 2013; y la determinación del Parlamento italiano de prohibir nuevos proyectos de extracción de petróleo en alta mar, que ha impugnado Rockhopper, llegó tras una década de protestas y campañas por parte de los residentes en muchas regiones costeras de Italia.

Otro ejemplo emblemático del poder del tratado para eludir la democracia es la demanda presentada al amparo del TCE por parte de la constructora eslovena Viaduct y sus propietarios contra Bosnia y Herzegovina.⁶⁶ En 2004, HES, una filial de Viaduct, obtuvo una concesión para construir dos grandes represas hidroeléctricas en una zona protegida de abastecimiento de agua del Gobierno de la República Srpska (una de las dos entidades que forman Bosnia y Herzegovina). La población local y el gobierno de la ciudad de Banja Luka se manifestaron categóricamente en contra de las represas, ya que temían que el proyecto desplazaría unas 200 viviendas, pondría en peligro la vida silvestre, aumentaría el riesgo de inundaciones devastadoras e incrementaría el precio del agua. Cuando HES presentó una evaluación de impacto errónea, se denegó el permiso ambiental necesario para iniciar las obras y el proyecto se suspendió.⁶⁷ Viaduct ahora ha presentado una demanda de al menos 51 millones de euros en daños por no haber autorizado la construcción de las represas. El TCE podría convertirse en su verdadera fuente de ingresos y obligar a la población de Banja Luka a pagar un alto precio por hacer valer sus derechos democráticos y presionar a su Gobierno para que actúe en defensa del medioambiente y el interés público.

Poder 8: El TCE pone en peligro un gran reto regulatorio

La transición energética representa un gran reto regulatorio. El abandono paulatino de los combustibles con un alto coeficiente de carbono y el avance hacia una economía que dependa exclusivamente de fuentes de energía renovables exigen marcos normativos radicalmente nuevos. Sin embargo, como ha subrayado la Agencia Internacional de las Energías Renovables (IRENA), el “objetivo no consiste en crear una hoja de ruta inamovible”, ya que “las incertidumbres... son enormes”.⁷⁹ Lo que se necesita, más bien, es un enfoque regulatorio “flexible” que “se base en ir aprendiendo con el tiempo”, por usar las palabras de Ofgem, el ente regulador del gas y la electricidad en el Reino Unido.⁸⁰ En otras palabras: se necesita espacio normativo para concebir nuevas leyes y regulaciones, mejorarlas y modificarlas, y mitigar los efectos secundarios imprevistos. Pero ese espacio normativo está limitado gravemente

Cuanto más casos relativos al derecho de la energía desemboquen en arbitraje, más difícil será desarrollarlo. Y en estos momentos, el derecho de la energía está muy centrado en el fomento de las energías renovables.

Persona experta en derecho de la energía⁸²

A medida que las inversiones aumentan, los proyectos se desarrollan y los Estados persiguen sus metas en materia de energías renovables, objetivos de emisiones y otros planes para reducir o eliminar la producción de energía no renovable, es inevitable que sigan surgiendo arbitrajes relacionados con las renovables.

Abogados del bufete King & Wood Malleson⁸⁶

por los privilegios que acuerdos como el TCE conceden a los inversores, así como por la industria jurídica que trata los cambios regulatorios en el sector de la energía como una fuente para la interposición de costosas demandas.

Por citar a Robert Howse, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York: “El actual régimen de inversiones, con... el ISDS dificulta que los Estados acometan nuevos desafíos regulatorios en ámbitos como el clima y el medioambiente, en especial utilizando planteamientos innovadores y pioneros: en estas circunstancias, puede que se necesite mucha experimentación, y puede que el marco regulatorio deba cambiar de rumbo de manera importante, y a veces de forma razonablemente rápida. Y exactamente en esas mismas circunstancias, los árbitros... obligarán a los Estados a pagar cientos de millones de dólares”.⁸¹

Los abogados especializados en arbitraje también son conscientes de que el TCE amenaza con socavar la transición energética. Escribiendo sobre las demandas presentadas por los inversores contra España e Italia en el sector de las renovables, dos abogados del bufete Clyde & Co se preguntaban si “el arbitraje inversor-Estado en virtud de tratados como el TCE” podría “disuadir a los Estados de ofrecer incentivos... para proyectos de energías renovables” por miedo a ser objeto de demandas por posibles ajustes a los incentivos que se introdujeran más adelante.⁸³ Un abogado de Debevoise & Plimpton advirtió: “Si los tribunales fallan en gran medida a favor de los inversores, los Estados miembros se mostrarán aún más cautelosos al concebir políticas renovables, para evitar compromisos”.⁸⁴ Los abogados especializados en el sector energético también temen que más sentencias contra España, Italia y otros países puedan tener un “efecto de enfriamiento sistémico en el desarrollo del derecho de la energía” para promover las renovables.⁸⁵ Los Gobiernos, bajo la espada de Damocles de unas costosas demandas en virtud del TCE, podrían evitar impulsar la muy necesaria transición energética.

La necesidad de ir más allá de la transición a un futuro con bajas emisiones de carbono

Cuando tenemos en cuenta los ocho poderes del TCE para socavar la transición energética, podemos entender que no es exagerado que la académica australiana Kyla Tienhaara afirme que “ofrecer a las grandes empresas de combustibles fósiles el mecanismo ISDS en el marco de estos acuerdos es como darle a tu contrincante más armas y municiones antes de aventurarte en el campo de batalla”.⁸⁷ Los derechos de los inversores en acuerdos como el TCE han sido concebidos para proteger el orden establecido y, en particular, las relaciones de propiedad existentes. Pero hacer frente al cambio climático exigirá una transformación radical y rápida. Sin embargo, como apunta Tienhaara: “Mientras persistan las ambigüedades en las disposiciones sustantivas

de los acuerdos de inversión —que permiten que los casos se dilaten durante varios años, cuestan millones y dejan a los Gobiernos con incertidumbre sobre los resultados— habrá demoras en las políticas. En un mundo que se está calentando rápidamente, no podemos permitirnos estas demoras”. En resumen: el Tratado sobre la Carta de la Energía es la verdadera antítesis del Acuerdo de París sobre el clima.

No obstante, también vale la pena señalar que muchas de las propuestas para lograr una transición hacia una economía que dependa exclusivamente de fuentes de energía renovables van mucho más allá del Acuerdo de París. Estas rechazan las soluciones basadas en el mercado para luchar contra la crisis climática, que la reducen a una mera cuestión de carbono, perpetuando problemas como el acaparamiento de recursos y el despojo de comunidades. En su lugar, fomentan conceptos como el de “justicia climática” y “democracia energética”,⁸⁹ que no solo atañen a la descarbonización del sistema energético, sino que tratan de situar “la justicia racial, social y económica en la vanguardia de la transición a un futuro energético cien por cien renovable”.⁹⁰ Ello entraña cuestionar la concentración de poder y riqueza en manos de un puñado de empresas contaminantes como una de las causas sistémicas de base de la crisis climática. También se trata de reclamar todos los aspectos del sector energético que se han privatizado o mercantilizado, además de transformar los sistemas energéticos de forma que estén sometidos a un control democrático y a una propiedad colectiva que beneficie a los trabajadores y las trabajadoras y a las comunidades, y no a las grandes empresas.

Es evidente que ese giro tan radical hacia la democracia energética tiene muchos oponentes, entre ellos las grandes corporaciones de combustibles fósiles, que lo ven como una amenaza a su existencia. Con el TCE y otros acuerdos internacionales de inversión, estos contaminadores tienen en sus manos un arma muy potente.

Ofrecer a las grandes empresas de combustibles fósiles el mecanismo ISDS... es como darle a tu contrincante más armas y municiones antes de aventurarte en el campo de batalla.

Kyla Tienhaara, Universidad Nacional Australiana⁸⁸

Referencias del capítulo 5

- Véase, por ejemplo: Edna Sussman (2008) The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 14, Spring, 391-404, https://sussmanadr.com/docs/ilsa_052508.pdf; David Rivkin (2015) COP21: Climate Change Related Disputes: A Role for International Arbitration and ADR, 7 de diciembre, http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/12/David-W-Rivkin-speech-Climate_change_arbitration.pdf; SCC (2016) Bridging the Climate Change Policy Gap: how Investment Protection and Arbitration can Promote Green Investments, 25 de noviembre, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2016/bridging-the-climate-change-policy-gap-how-investment-protection-and-arbitration-can-promote-green-investments/>.
- David Rivkin (2015), véase la nota 1, 1.
- Daria Nochevnik (2015) Part I: Redefining Energy Security for Europe and Beyond. An interview with Urban Rusnák, Secretary General of the Energy Charter, *Elektor*, 2 de abril, <https://www.elektormagazine.com/news/part-i-redefining-energy-security-for-europe-and-beyond>.
- Ibíd.
- Agencia Internacional de la Energía (2017) Climate change, <https://www.iea.org/topics/climatechange/>.
- Gus van Harten (2015) Foreign Investor Protection and Climate Action: A New Price Tag for Urgent Policies, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series Paper 146*, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/146>, 3.
- Informe interno de la Comisión Europea sobre una reunión con Chevron, fechada el 29 de abril de 2014. Obtenido mediante la solicitud de documentación en el marco de la normativa de acceso a la información de la UE. En los archivos de Corporate Europe Observatory.
- Chris Hamby (2016) The billion dollar ultimatum, *Buzzfeed*, 30 de agosto, <https://www.buzzfeed.com/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum>.
- Ibíd.
- Citado en: Trade Justice Movement (2015) Worried about UK BITs? The case for reviewing UK investment protection provisions, octubre de 2015, https://www.tjm.org.uk/documents/reports/Worried_about_your_BITS_report_FINAL.pdf, 11.
- Matthew Coleman et al. (2014) Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector, septiembre, <https://www.steptoe.com/publications-9867.html>.
- Citado en: Chris Hamby (2016), véase la nota 8.
- Luke Erik Peterson (2017) Germany faces at least two investment treaty disputes apart from Vattenfall matter, *Investment Arbitration Reporter*, 13 de diciembre, <https://www.iareporter.com/articles/germany-faces-at-least-two-investment-treaty-disputes-apart-from-vattenfall-matter/>.
- Véase, por ejemplo: Christophe McGlade and Paul Ekins (2015) The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2°C, *Nature*, No. 517, 187-90.
- Kyriaki Karadelis (2011) Interview: Graham Coop, General Counsel of the Energy Charter Secretariat, *Global Energy Review*, 19 de septiembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20110919-Coop_GER_Interview.pdf, 4.
- Wendy J Miles QC and Nicola K Swan (2017) Climate Change and Dispute Resolution, *Dispute Resolution International*, 31 de octubre, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=486784bd-fcdb-4bea-8b90-d97e3be22fd9>.
- Global Affairs Canada (2017) NAFTA - Chapter 11 - Investment. Cases filed against the Government of Canada. Lone Pine Resources Inc. v Government of Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/lone.aspx?lang=eng>.
- Corporate Europe Observatory et al. (2016) El ISDS zombi. Renombrado como ICS, el derecho de las multinacionales para demandar a los Estados se niega a morir, marzo, https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/el_idsc_zombi-2016-web.pdf, 22-23.
- Por ejemplo: Todd Tucker (2016) TransCanada is suing the U.S. over Obama's rejection of the Keystone XL pipeline. The U.S. might lose, *The Washington Post*, 8 de enero, https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/01/08/transcanada-is-suing-the-u-s-over-obamas-rejection-of-the-keystone-xl-pipeline-the-u-s-might-lose/?utm_term=.cbdf84d51c62.
- Zoe Phillips Williams (2016) Risky Business or Risky Politics: What Explains Investor-State Disputes? Dissertation submitted to the Hertie School of Governance, <https://opus4.kobv.de/opus4-hsog/frontdoor/index/index/docId/2369>, 44.
- Global Arbitration Review* (2017) 4th annual GAR Live Energy Disputes, <http://gar.live/energy2017>.
- Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd c. República Italiana (Caso CIADI No. ARB/17/14).
- Elaine Maslin (2016) Italy reintroduces 12-mile exploration restriction, *Offshore Engineer*, 6 de enero, <http://www.oedigital.com/component/k2/item/11251-italy-reintroduces-12-mile-exploration-restriction>.
- Así lo indicó claramente el director ejecutivo de Rockhopper en esta presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, <http://www.oilcapital.com/companies/stocktube/8061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>, a partir del minuto 19:00.
- Blog de Montepulciano D'Abruzzo, <https://savethemontepulciano.blogspot.de/2016/>.
- Maria Rita D'Orsogna (2013), Trivellazioni in Abruzzo, 10 motivi per dire no a 'Ombrina', *Il Fatto Quotidiano*, 19 de junio, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2013/06/19/trivellazioni-in-abruzzo-10-motivi-per-dire-no-a-ombrina/631026/>.
- Blog de Montepulciano D'Abruzzo, véase la nota 25.
- Según el bufete Paul Hastings: "Puede que el riesgo de futuras demandas, en especial en el sector de las energías renovables, haya influido en la decisión de retirarse del TCE". Véase: Lorenzo Parola et al. (2015), Italy's Withdrawal from the Energy Charter Treaty: Which Consequences for Foreign Investors?, 28 de abril, <https://www.paulhastings.com/publications-items/details?id=e40ae469-2334-6428-811c-ff00004cbded>.
- Según el director ejecutivo de Rockhopper, los costes jurídicos de la empresa están "totalmente financiados". Véase esta presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, <http://www.oilcapital.com/companies/stocktube/8061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>, a partir del minuto 19:00.
- Citado en: Sara Stefanini (2016) Italy's tangled oil and gas referendum, *Politico*, 15 de abril, <https://www.politico.eu/article/italy-referendum-oil-drilling-platforms-offshore-matteo-renzi-rigs-gas-renewables/>.
- Ivetta Gerasimchuk et al. (2017) Zombie Energy: Climate benefits of ending subsidies to fossil fuel production, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/zombie-energy-climate-benefits-ending-subsidies-fossil-fuel-production.pdf>, iv, vi.
- Carta Internacional de la Energía y UNCTAD (2016) Transparent markets for sustainable energy investments: Policy options for sustainable development investment strategies. Summary report, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/20160926-UNCTAD14-Report.pdf>, 2.
- Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), *Laudo*, 4 de mayo de 2017, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf, párrs. 358, 382, 458.

- 34 Kyla Tienhaara (2017) Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, *Transnational Environmental Law*, 1-22, 13.
- 35 IRENA, Investment Needs, <http://www.irena.org/financeinvestment/Investment-Needs>.
- 36 Mariana Mazzucato y Gregor Semieniuk (2016) Financing Renewable Energy: Who is Financing What and Why it Matters, 15 de junio, <https://www.sussex.ac.uk/webteam/gateway/file.php?name=2016-12-swps-mazzucato-et-al.pdf&site=25>.
- 37 UNCTAD (2013) Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note No. 2, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, 3.
- 38 Gus van Harten (2015), véase la nota 6, 7.
- 39 Agencia Internacional de la Energía (2017) Energy Access Outlook 2017. From Poverty to Prosperity, https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf, 11.
- 40 Steve Pye et al. (2015), Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures, mayo, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/INSIGHT_E_Energy%20Poverty%20-%20Main%20Report_FINAL.pdf.
- 41 Dawn Foster (2016) Why is one older person dying every seven minutes during the winter?, *The Guardian*, 20 de enero, <https://www.theguardian.com/society/2016/jan/20/older-person-dying-winter-fuel-poverty>.
- 42 Rob Merrick y Lizzy Buchan (2017) Theresa May promises to 'put a price cap on energy bills' in latest u-turn during conference speech, *The Independent*, 4 de octubre, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-speech-live-energy-bills-price-cap-u-turn-prices-tory-conference-latest-a7982586.html>.
- 43 Declaración realizada en '3rd Annual GAR Live Energy Disputes event', Londres, 15 de junio de 2017, <http://gar.live/energy2017>. El acto tuvo lugar de acuerdo con las reglas de Chatham House.
- 44 Anatole Boute (2011) Challenging the Re-Regulation of Liberalized Electricity Prices under Investment Arbitration, *Energy Law Journal*, Vol. 32, 497-539, 497.
- 45 AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft. c. República de Hungría (II) (Caso CIADI No. ARB/07/22).
- 46 Csaba Molnár (2015) Parliamentary question on overcoming energy poverty in Europe, 12 de mayo, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2015-007624+0+DOC+XML+V0//EN>.
- 47 AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary (II) (ICSID Case No. ARB/07/22), Award, 23 de septiembre de 2010, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, párrs. 10.3.34 y 15.3.
- 48 Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19), Award, 25 de noviembre de 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>, párrs. 230, 236.
- 49 Alfred de Zayas (2015) How can Philip Morris sue Uruguay over its tobacco laws?, *The Guardian*, 16 de noviembre, http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/nov/16/philip-morris-uruguay-tobacco-isds-human-rights?CMP=share_btn_tw.
- 50 Satoko Kishimoto y Olivier Petitjean (eds.) (2017) Remunicipalización: Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos, https://www.tni.org/files/publication-downloads/remunicipalizacion_como_ciudades_y_ciudadania_estan_escribiendo_el_futuro_de_los_servicios_publicos.pdf, 6.
- 51 Sean Sweeney y John Treat (2017) Preparing a Public Pathway. Confronting the Investment Crisis in Renewable Energy, <http://unionsforenergydemocracy.org/wp-content/uploads/2017/10/TUED-Working-Paper-10.pdf>.
- 52 Heinrich Böll Stiftung et al. (2018) Energy Atlas. Facts and figures about renewables in Europe, https://www.boell.de/sites/default/files/energyatlas2018_facts-and-figures-renewables-europe.pdf?dimension1=ds_energyatlas, 16-17.
- 53 Brendan Montague (2018) Vote Red, go green? Jeremy Corbyn calls for nationalisation of energy industry to stop climate change, *The Ecologist*, 10 de febrero, <https://theecologist.org/2018/feb/10/vote-red-go-green-jeremy-corbyn-calls-nationalisation-energy-stop-climate-change>.
- 54 Sindicatos por la Democracia Energética (TUED), Sobre la iniciativa, <http://unionsforenergydemocracy.org/about/about-the-initiative/>.
- 55 ČEZ c. República de Albania.
- 56 Kyriaki Karadelis (2012) Albania obtains interim measures as power dispute intensifies, *Global Arbitration Review*, 28 de noviembre, <https://globalarbitrationreview.com/article/1031790/albania-obtains-interim-measures-as-power-dispute-intensifies>.
- 57 Besar Likmeta (2012) Albania Probes Czech Power Giant for Fraud, *BalkanInsight*, 13 de febrero, <http://www.balkaninsight.com/en/article/czech-power-giant-cez-under-investigation-in-albania>; Besar Likmeta and Flamur Vezaj (2015) Fraudulent Debt Collection Schemes Cost Albania Millions, *BalkanInsight*, 15 de junio, <http://www.balkaninsight.com/en/article/fraudulent-debt-collection-schemes-cost-albania-millions>.
- 58 Reuters (2014) Update 1 - Czech utility CEZ to get 100 mln euros in deal ending Albania row, 24 de junio, <https://www.reuters.com/article/albania-cez/update-1-czech-utility-cez-to-get-100-mln-euros-in-deal-ending-albania-row-idUSL6NOP5L820140624>.
- 59 Citado en: Daria Nochevnik (2015) Energy Charter Treaty: Protecting International Energy Investments From Regulatory and Political Risks, *Elektor*, 28 de octubre, <https://www.elektormagazine.com/news/energy-charter-treaty-protecting-international-energy-investments-from-regulatory-and-political-risks>.
- 60 Vannin (2015) Who wins, where and why? Industry focus: Electrical power, <https://www.vannin.com/downloads/electricity-disputes-in-europe.pdf>, 17.
- 61 Federico Lavopa (2015) Opinion: Crisis, Emergency Measures and Failure of the ISDS System: The Case of Argentina, *Inter Press Service*, 12 de agosto, <http://www.ipsnews.net/2015/08/opinion-crisis-emergency-measures-and-failure-of-the-isds-system-the-case-of-argentina/>.
- 62 Vannin (2015), véase la nota 60, 17.
- 63 CIEL et al. (2017) Delivering on the Paris Promises: Combating Climate Change while Protecting Rights. Recommendations for the Negotiations of the Paris Rule Book, <http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2017/05/Delivering-On-Paris-Web.pdf>, 7.
- 64 Heinrich Böll Stiftung et al. (2018), véase la nota 52, 17.
- 65 Naomi Klein (2014) This Changes Everything: Capitalism vs. the Climate, *Allen Lane*, 358.
- 66 Boris Goljevšček, Viaduct d.o.o. Portorož y Vladimir Zevnik c. Bosnia y Herzegovina (Caso CIADI No. ARB/16/36).
- 67 Environmental Justice Atlas (2015), Hydroelectric projects on Vrbas River, BiH, <http://ejatlas.org/conflict/let-vrbas-river-flow>.
- 68 Beth Simmons (2014) Bargaining over BITs, *Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment*, *World Politics*, 66, 12-46, 42.
- 69 Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2017) Modernisation of the Energy Charter Treaty, 28 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201723.pdf>.
- 70 Secretaría de la Carta de la Energía (2010) Road Map for the Modernisation of the Energy Charter Process, 24 de noviembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/2010/1124-Energy_Charter_Process_Modernisation_Road_Map.pdf, 6.

- 71 Secretaría de la Carta de la Energía (2017) Consultations on the Modernisation of the ECT, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201723.pdf>.
- 72 Por ejemplo, el artículo 5 del modelo de tratado de inversión de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), dispone: “La disposición relativa al trato justo y equitativo representa... una disposición muy controvertida. El Comité de Redacción recomendó que no se incluya en un tratado debido a las interpretaciones amplias que se le han concedido en una serie de decisiones arbitrales”. Véase: SADC (2012) SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary, <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>. Para una panorámica general sobre los enfoques relativos al agotamiento de los recursos locales, véase: IISD (2017) Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, enero, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>. Para más información sobre la tendencia que apunta a la eliminación de las disposiciones de aplicabilidad general, véase: Raúl Pereira de Souza Fleury (2015) Umbrella clauses: a trend towards its elimination, *Arbitration International*, Vol. 31, No. 4, 679-691.
- 73 Desde 2014, la Secretaría ha tratado de mejorar la transparencia de las demandas con arreglo al TCE, pero, al parecer, no cuenta con el suficiente apoyo de los miembros del Tratado. Véase: Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (2017) Report by the Chair of the Implementation Group, 28 de noviembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201720.pdf>, párr. 27.
- 74 Informe interno de la Comisión Europea sobre una “reunión de expertos - Normas de protección de las inversiones en virtud del TCE”, que tuvo lugar el 27 de enero de 2017 (informe fechado el 30 de enero de 2017). Obtenido en el marco de la normativa de acceso a la información de la UE: <https://www.asktheeu.org/en/request/4067/response/13078/attach/2/Summary%20report%20Exception%20Redacted.pdf>, 1.
- 75 Comisión Europea, The Multilateral Investment Court project, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.
- 76 Para una evaluación crítica sobre el proyecto de tribunal, véase: Seattle to Brussels Network et al. (2017) A World court for Corporations. How the EU plans to entrench and institutionalize investor-state dispute settlement, diciembre, <http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/WORLDCOURT-UK-WWW.pdf>.
- 77 Gus van Harten (2015) An ISDS Carve-Out to Support Action on Climate Change, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 38/2015, <https://ssrn.com/abstract=2663504>.
- 78 La resolución del Parlamento Europeo “Hacia un nuevo acuerdo internacional sobre el clima en París”, de 14 de octubre de 2015, “pide a la Comisión y a los Estados miembros que velen por que cualquier medida adoptada por una de las Partes en el acuerdo de París en relación con el objetivo de estabilizar las concentraciones de gases de efecto de invernadero en la atmósfera a un nivel que evite interferencias antropogénicas peligrosas con el sistema climático, o en relación con cualquiera de los principios o compromisos contemplados en los artículos 3 y 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, esté supeditada a ningún tratado de una de las Partes, existente o futuro, en la medida en que permita la resolución de conflictos entre inversores y Estado”. Véase: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=ES&reference=P8-TA-2015-0359>
- 79 IRENA (2017) Innovation for the Energy Transition, mayo, http://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2017/Jun/IRENA_Energy_Transition_Innovation_slides_2017.pdf?la=en&hash=0E7F66B4E2D5F5C4CC4722E1C6D3F6D2A45BB781, 3.
- 80 Ofgem (2016) Innovation and regulation, 7 de diciembre, https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2016/12/ofgem_innovation_and_regulation_final2.pdf, 2.
- 81 Rob Howse (2017) Spain meets the ICSID grand inquisitor: the Eiser case, *International Economic Law and Policy Blog*, 23 de agosto, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/08/spain-meets-the-icsid-grand-inquisitor-the-eiser-case.html>.
- 82 Entrevista con jurista especialista en derecho mercantil relativo a la energía y solución de controversias en el sector energético que pidió permanecer en el anonimato, 1 de junio de 2017.
- 83 Richard Power y Paul Baker (2018) The European Arbitration Review 2018 – Energy Arbitrations, 10 de abril, <https://www.clydeco.com/insight/article/the-european-arbitration-review-2018-energy-arbitrations>.
- 84 Citado en: Caroline Simson (2017) 5 International Arbitration Cases to Watch in 2017, *Law 360*, 2 de enero, <https://www.law360.com/articles/873962/5-international-arbitration-cases-to-watch-in-2017>.
- 85 Entrevista con jurista, véase la nota 82.
- 86 Michael Lundberg y Acacia Hosking (2017) Recent developments in renewable energy disputes, 1 de noviembre, <http://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/renewable-energy-disputes-arbitration-investors-state-mechanisms-20171030>.
- 87 Kyla Tienhaara (2017), véase la nota 34, 22.
- 88 *Ibid.*
- 89 Denise Fairchild y Al Weinrub (2017) *Energy Democracy: Advancing Equity in Clean Energy Solutions*, Island Press; Sindicatos por la Democracia Energética (TUED): <http://unionsforenergydemocracy.org/>.
- 90 Denise Fairchild y Al Weinrub (2017), véase la nota 89, 5.

Casi todos los 48 Estados miembros más la UE, que aplican plenamente el TCE y sus privilegios de inversión extremos, podrían retirarse del tratado ahora mismo.



Capítulo 6

Conclusión: ocho motivos para abandonar el Tratado sobre la Carta de la Energía (o nunca adherirse a él)

En la historia de *El señor de los anillos*, el “Anillo para gobernarlos a todos” solo se puede destruir fundiéndolo en la montaña volcánica donde fue forjado. Del mismo modo, el poder del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) solo puede ser desactivado por quienes lo crearon: los Estados que se han adherido a él.

Tan pronto como haya cumplido cinco años de adhesión al TCE, un país puede retirarse de él en cualquier momento. Dicho de otro modo: casi todos los 48 Estados miembros,¹ más la UE y Euratom, que aplican plenamente el TCE y sus privilegios de inversión extremos, podrían retirarse del tratado ahora mismo.²

Después de 20 años de funcionamiento del TCE, es evidente que los peligros que entrañan los derechos concedidos a los inversores extranjeros superan con creces cualquier posible ganancia que los Estados hubieran podido esperar al firmar el acuerdo. En resumen, he aquí ocho razones clave para abandonar el TCE (o no adherirse a él nunca):

Razón 1: El TCE es una herramienta de la que disponen las grandes empresas para obligar a los Gobiernos a pagar cuando legislan para luchar contra el cambio climático, hacer que la energía sea asequible y salvaguardar otros intereses públicos. Se ha utilizado para impugnar restricciones ambientales impuestas a centrales eléctricas contaminantes, prohibiciones sobre nuevos proyectos de combustibles fósiles que destruyen el clima, limitaciones a los precios en alza de la electricidad, rectificaciones con respecto a privatizaciones fallidas, y un largo etcétera de medidas.

Razón 2: En el marco del TCE, los Gobiernos pueden ser condenados a pagar miles de millones en dinero de los contribuyentes para compensar a las empresas, incluso por la pérdida de futuras ganancias que podrían haber obtenido en teoría. La suma total de las demandas en virtud del TCE pendientes a fines de 2017 —35 000 millones de dólares— supera el PIB de muchos países y la cantidad anual estimada para que África se adapte al cambio climático. Teniendo en cuenta la opacidad de los arbitrajes al amparo del TCE, la cifra real podría ser mucho mayor.

Razón 3: El TCE es un instrumento para socavar la democracia e intimidar a quienes toman las decisiones, ya que actúa como un freno a la formulación de políticas convenientes. Este hecho resulta especialmente preocupante para la transición de los combustibles fósiles a la

energía eólica, mareomotriz y solar, que se necesita con urgencia y que exige medidas audaces por parte de los Gobiernos, los cuales limitarán las ganancias de algunas de las mayores empresas de petróleo, gas y carbón del mundo.

Razón 4: El arbitraje inversor-Estado en el marco del TCE presenta graves deficiencias de base. No es un sistema justo e independiente, sino que está dominado por una industria multimillonaria y que se autoalimenta de bufetes de abogados, árbitros y fondos especulativos de élite. Este grupo ha utilizado su poder para garantizar una interpretación de los términos del TCE extremadamente favorable a las empresas y un flujo constante de onerosas demandas, a expensas de los Estados y los contribuyentes.

Razón 5: Los privilegios que el TCE reserva a los inversores no aportan los beneficios económicos que se les atribuyen. A día de hoy, no hay ninguna prueba de que el acuerdo ayude a reducir la pobreza energética ni facilite la inversión, y mucho menos en energías renovables. El TCE incluso se puede utilizar para socavar la transición a una energía limpia y las medidas para garantizar un acceso asequible y universal a la electricidad.

Razón 6: Las reglas para resolver las controversias inversor-Estado en virtud del TCE menoscaban los sistemas jurídicos nacionales y son contrarias al Estado de derecho por su carácter discriminatorio, ya que constituyen una vía jurídica exclusiva para inversores extranjeros. Tras una sentencia reciente del máximo tribunal de la UE, cabe cuestionar si los privilegios otorgados a los inversores con arreglo al TCE son compatibles con la legislación comunitaria.

Razón 7: Es muy poco probable que el proceso de modernización del TCE, que empezó en 2017, altere los problemas de base del sistema paralelo de justicia que el acuerdo garantiza a las empresas. Incluso algunas reformas menores, como que las demandas de los inversores sean menos opacas, parecen despertar polémica entre algunos miembros del TCE.

Razón 8: Debido a su amplio alcance geográfico y a los derechos casi ilimitados que otorga a los inversores en el sector de la energía, podría afirmarse que el TCE constituye un mayor peligro para el erario, las políticas de interés público y la democracia que otros tratados internacionales de inversión. Ningún acuerdo del mundo ha dado lugar a más demandas de inversores contra Estados que el TCE.

En pocas palabras, el TCE representa, fundamentalmente, un obstáculo para hacer frente al principal desafío de nuestros días: el calentamiento global. En un momento en que toda la atención debería centrarse en evitar una catástrofe climática, no hay espacio para un acuerdo que podría ilegalizar muchas de las soluciones a este problema. Ampliar el alcance geográfico del TCE y convertirlo en una especie de Organización Mundial

del Comercio (OMC) en el ámbito de la energía podría incrementar aún más la subordinación de los países a sistemas energéticos controlados por grandes corporaciones y dependientes de los combustibles fósiles.

Pero también hay buenas noticias. En todo el mundo, las tornas se están volviendo contra los superderechos como los que otorga el TCE a las empresas. Activistas, campañas, mundo académico y parlamentario están empezando a plantear preguntas críticas con respecto al Tratado. Los acuerdos y las demandas de inversores que el TCE ha posibilitado también podrían convertirse en blanco de los tribunales de la UE. Y Rusia e Italia han demostrado que el mundo sigue girando (y las inversiones fluyendo) cuando un país abandona este peligroso acuerdo.

En *El señor de los anillos*, la comunidad de los nueve compañeros en torno al pequeño hobbit Frodo Bolsón logra destruir el Anillo Único. Puede que el creciente número de ciudadanos, especialistas en derecho, personas del mundo parlamentario y de los tribunales, y Gobiernos que están empezando a plantear preguntas críticas sobre este arcaico acuerdo internacional, represente un buen comienzo para la comunidad que, finalmente, logrará romper el poder de unión del TCE, el “Anillo para gobernarlos a todos”.

Referencias del capítulo 6

- 1 Las excepciones son Afganistán, Islandia y Montenegro, donde el TCE aún no lleva en vigor el tiempo suficiente. Afganistán podría retirarse a partir del 20 de junio de 2018; Islandia, a partir del 18 de octubre de 2020; y Montenegro, a partir del 7 de diciembre de 2020. Véase: <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>.
- 2 Véase el artículo 47 del Tratado sobre la Carta de la Energía (<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>). Según el artículo 47.2, la retirada surtirá efecto transcurrido un año desde la recepción de la notificación por el Depositario. Se debe tener en cuenta que, debido a la infame cláusula de continuidad contractual del TCE (artículo 47 (3), también conocida como ‘cláusula zombi’), un país que se retire del acuerdo todavía puede ser demandado durante un período de 20 años más por cualquier medida que afecte a las inversiones que se efectuaron antes de la retirada del Tratado.

Créditos de las imágenes:

Todos los gráficos y collages: Erik Tuckow,

Material de collage:

VanderWolf Images - stock.adobe.com

sasinparaksa - stock.adobe.com

Getty Images/iStockphoto

martin33 - stock.adobe.com

Ende Gelände



Corporate Europe Observatory (CEO) es un grupo que se dedica a la investigación y a la organización de campañas para denunciar y cuestionar la influencia desproporcionada que ejercen las grandes empresas y sus grupos de cabildeo en la formulación de políticas de la UE. CEO trabaja en estrecha colaboración con grupos de interés público y movimientos sociales, tanto en Europa como en otras regiones, para desarrollar alternativas al dominio del poder empresarial.
www.corporateeurope.org

El **Transnational Institute (TNI)** es un instituto internacional de investigación y promoción de políticas que trabaja por un mundo más justo, democrático y sostenible. Durante más de 40 años, el TNI ha actuado como un punto de enlace entre movimientos sociales, académicos y académicas comprometidos, y responsables de políticas.
www.tni.org

www.energy-charter-dirty-secrets.org