

CLAVES PARA DERRIBAR LOS MITOS EN TORNO AL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

UNA GUÍA PARA PERSONAS INTERESADAS, ACTIVISTAS, PERIODISTAS
Y RESPONSABLES POLÍTICOS



Claves para derribar los mitos en torno al Tratado sobre la Carta de la Energía Una guía para activistas, periodistas y responsables políticos

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

Berlín, Bruselas, Ámsterdam - Marzo de 2021 [original en inglés publicado Diciembre 2020].

Copublicado por: 11.11.11, Acción Ecológica, AITEC, ATTAC Austria, ATTAC Francia, Both ENDS, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND), Campaña No a los Tratados de Comercio e Inversión España, Center for Energy, Ecology and Development (CEED), Chile Sustentable, CNCD-11.11.11, Ecologistas en Acción, Entraide et Fraternité, Focus on the Global South, Forum Umwelt & Entwicklung, Amigos de la Tierra Europa, Handel Anders! Coalitie, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, Plataforma TROCA, Plataforma "América Latina mejor sin TLCs", Public Services International, SEATINI, red Seattle to Brussels, SOMO, Umanotera y War on Want.

Autores: Fabian Flues, Pia Eberhardt y Cecilia Olivet

Edición: Paula Dobbyn

Diseño: María Chevalier

Traducción al español: Mercedes Camps

Agradecimientos: Quisiéramos agradecer, entre otros, a: Luciana Ghiotto, Faith Lumonya, Cornelia Maarfield, Kyla Tienhaara y Yamina Saheb por las conversaciones y comentarios esclarecedores sobre los diferentes borradores del texto. También agradecemos a Lucía Bárcena por su apoyo en la investigación.

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



CONTENIDOS

SECCIÓN 1	
INTRODUCCIÓN	4
SECCIÓN 2	
UN ACUERDO CADA VEZ MÁS POLÉMICO	5
SECCIÓN 3	
LOS DEFENSORES DEL TCE	7
SECCIÓN 4	
ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES GENERALES A FAVOR DEL TCE	9
Afirmación 1. El TCE atrae más inversión extranjera	10
Afirmación 2. El TCE promueve el Estado de derecho	11
Afirmación 3. El TCE es la única forma de proteger a los inversores del sector energético en el extranjero, especialmente en países con sistemas judiciales deficientes	12
Afirmación 4. Los Estados ganan la mayoría de los casos en base al TCE	13
Afirmación 5. Los inversores ganan mucho menos dinero del que reclaman	14
Afirmación 6. Las pequeñas y medianas empresas (pymes) usan el TCE con más frecuencia	15
SECCIÓN 5	
ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE EL TCE CONTRIBUYE A COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO	17
Afirmación 7. Gracias al TCE se incrementarán las inversiones en energía limpia	18
Afirmación 8. El TCE no favorece a los combustibles fósiles, sino que protege todos los tipos de energía por igual	19
Afirmación 9. El TCE protege el clima ya que obliga a los Gobiernos a cumplir sus compromisos de energía renovable	20
Afirmación 10. Muchos inversores en energía renovable resultaron perjudicados en España, y en otros países, y el TCE es su única vía para obtener justicia	21
SECCIÓN 6	
ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE MODERNIZAR EL TCE ARREGLARÁ SUS DEFECTOS	23
Afirmación 11. Modernizar el TCE contribuirá a adaptar el tratado a los objetivos climáticos	24
Afirmación 12. Integrar el “derecho a regular” de los Estados en el TCE protegerá las políticas públicas de las demandas de inversores	25
Afirmación 13. Modernizar el TCE contribuirá a adaptar el tratado a la política de inversiones de la Unión Europea	27
Afirmación 14. Abandonar el TCE no es una opción, ya que los países que se retiran pueden ser objeto de demandas durante 20 años más, por lo tanto es mejor no retirarse	28
Afirmación 15. No podemos abandonar el TCE porque debemos defender el multilateralismo	29
SECCIÓN 7	
ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE ADHERIRSE AL TCE SERÍA BENEFICIOSO PARA PAÍSES DEL SUR GLOBAL	31
Afirmación 16. El TCE brinda acceso a servicios de energía modernos y reduce la pobreza energética	32
Afirmación 17. Adherirse al TCE permite a los países influir en cuestiones de energía a nivel mundial	33
Afirmación 18. Es pretencioso que las ONG digan a los países que no deberían adherirse al TCE	34
SECCIÓN 8	
SEIS MOTIVOS PARA RETIRARSE DEL TCE O NUNCA ADHERIRSE A ÉL	36
SECTION 9	
RECURSOS CLAVE	37

INTRODUCCIÓN

Cinco años después de la firma del Acuerdo de París, hay cada vez más preocupación con respecto a otro tratado internacional menos conocido: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El TCE es la antítesis del Acuerdo de París, dado que permite que empresas de combustibles fósiles demanden a países por sus políticas climáticas, en lugar de fortalecer la respuesta mundial al cambio climático.

El TCE se firmó hace más de veinte años sin que hubiese demasiado debate público al respecto. El tratado protege todas las inversiones del sector de la energía, incluidas las minas de carbón, los yacimientos petrolíferos y los gasoductos. Toda acción estatal que perjudique las ganancias de una empresa a partir de estas inversiones puede impugnarse fuera de los tribunales existentes, en tribunales internacionales integrados por tres abogados particulares. Los Gobiernos pueden ser obligados a pagar sumas elevadas en indemnizaciones si pierden un caso en el marco del TCE. La compañía de petróleo y gas Rockhopper entabló una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de petróleo en alta mar. La empresa RWE ha demandado a los Países Bajos por eliminar progresivamente el carbón. Varios países de Europa Oriental han sido objeto de demandas por haber adoptado medidas para reducir los precios de la electricidad y recortar las ganancias de las empresas de energía. Las demandas demuestran cómo puede utilizarse el TCE en contra de medidas adoptadas por Gobiernos para reducir la pobreza energética.

Habida cuenta de que el TCE representa una amenaza a la adopción de medidas ambiciosas para combatir el cambio climático, la Comisión Europea ha dicho que el Tratado es “anticuado” y “ya no es sostenible”. Parlamentarios de toda Europa han instado a los Estados miembro de la UE a que se retiren conjuntamente del TCE si el tratado continúa protegiendo fuentes de energía fósil sucia. Tras las primeras demandas en virtud del TCE, Italia ya se retiró del acuerdo.

Sin embargo, los intereses poderosos se están preparando para defender el tratado, e incluso ampliarlo a nuevos Estados signatarios, especialmente de África, Asia y América Latina. Estos intereses incluyen los grupos de presión a favor de los combustibles fósiles, que desean mantener sus poderosos privilegios legales; abogados, que ganan millones con las demandas en el marco del TCE; la Secretaría del TCE, que tiene vínculos estrechos con ambos sectores y cuya supervivencia depende de la continuación del tratado, y la lista no se termina allí.

En vista de la creciente controversia, esta guía pretende ayudar a activistas, personas interesadas, periodistas y responsables políticos a hacer frente a la propaganda a favor del TCE. La guía identifica a los defensores del TCE y sus argumentos, y ofrece pruebas para refutarlos, fundadas en investigaciones exhaustivas.

En un momento en que todas las miradas deberían estar puestas en impedir una catástrofe climática y asegurar oportunidades para regular en aras del interés público, es necesario eliminar un acuerdo anticuado que socava la acción por el clima y la soberanía de los Gobiernos a adoptar medidas en favor de la ciudadanía. El TCE debe desaparecer, y para que eso ocurra se necesita una respuesta política y acción colectiva, así como argumentos inteligentes.

UN ACUERDO CADA VEZ MÁS POLÉMICO

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) es un acuerdo internacional elaborado en 1994 para el sector de la energía que otorga a los inversores derechos especiales y acceso a tribunales de arbitraje. Sus miembros incluyen 53 países de Europa Occidental y Oriental, Asia Central y Occidental y Japón, Jordania y Yemen,¹ así como a la Unión Europea (EU) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

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. Estas disposiciones otorgan amplios derechos a los inversores extranjeros en el sector de la energía, como el peculiar privilegio de demandar directamente a los Estados fuera de los tribunales existentes, en tribunales internacionales compuestos por tres abogados particulares, los árbitros. En estos tribunales, las empresas pueden reclamar grandes sumas de dinero en indemnizaciones a los Gobiernos por haber adoptado medidas que consideran perjudiciales para sus inversiones. Dado que las empresas no solo reclaman el dinero invertido, sino también las ganancias que se esperan obtener (el lucro cesante) y el interés añadido, los Estados pueden ser obligados a pagar grandes sumas de dinero en indemnizaciones si pierden una demanda (véase el recuadro 1).

RECUADRO 1

Algunas demandas clave de inversores contra Estados en el marco del TCE

Empresas contra la protección ambiental – Vattenfall contra Alemania I y II: En 2009, la multinacional sueca de energía Vattenfall interpuso una demanda contra el Gobierno alemán, al que exigía 1 400 millones de euros en concepto de indemnización por las restricciones ambientales impuestas a una de sus centrales termoeléctricas de carbón. El caso se resolvió en 2011, después de que la administración local accediera a flexibilizar la normativa ambiental, por lo que se exacerbó el impacto que tendrá la central en el río Elba, sus poblaciones de peces y su vida acuática.² En 2012, Vattenfall presentó otra demanda, por la que reclamaba 6 100 millones de euros, incluidos los intereses, por la pérdida de ganancias vinculada con dos de sus reactores nucleares. Este caso pendiente impugna la decisión de Alemania de acelerar la eliminación progresiva de la energía nuclear en el país. En septiembre de 2020, la demanda había significado para los contribuyentes un gasto de 22 millones de euros en defensa legal.³

Empresas contra la prohibición de perforaciones petrolíferas – Rockhopper contra Italia: En 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 explotaciones de gas y petróleo cerca de las costas del país, a raíz de las preocupaciones sobre sus efectos en el medioambiente, el elevado riesgo de terremotos y el impacto en el turismo y la pesca.⁴ Rockhopper entabló una demanda por 350 millones de dólares, un monto siete veces superior al que gastó en desarrollar el proyecto.⁵ La demanda, de hecho, se interpuso 16 meses después de que Italia abandonara el TCE. Esto es posible porque el tratado protege a los inversores durante 20 años después de que un país signatario se retira de él.⁶

Empresas contra la acción por el clima - Vermilion contra Francia, y Uniper contra los Países Bajos: En 2017, la empresa canadiense de gas y petróleo Vermilion amenazó con demandar a Francia en virtud del TCE por un proyecto de ley que pondría fin a la extracción de combustible fósil en el territorio francés, incluido en los territorios de ultramar para 2040.⁷ La amenaza de entablar una demanda puede haber contribuido a flexibilizar la legislación, que en su versión final permite renovar licencias de explotación después de su vencimiento.⁸ La empresa de energía alemana Uniper también está amenazando con entablar una demanda en el marco del TCE en contra de la transición hacia la energía limpia. En diciembre de 2019, Uniper amenazó con demandar a los Países Bajos por una ley que prohibiría el uso de carbón para la generación de electricidad a partir de 2030. Se informó que la empresa reclama una indemnización de 1 000 millones de euros.⁹

A pesar de que el TCE y quienes se benefician de él han evitado la atención pública durante mucho tiempo, en los últimos años ha sido objeto de graves cuestionamientos. Especialistas, sindicatos, ecologistas y grupos de la sociedad civil que se dedican a temas relacionados con el comercio están instando a los miembros del TCE a que se retiren de él porque es “un tratado obsoleto que podría socavar las medidas necesarias por el clima”.¹⁰ La Comisión Europea ha calificado las disposiciones del TCE de “obsoletas” y ha dicho que “ya no son sostenibles ni adecuadas para afrontar los retos actuales”.¹¹ Legisladores de toda Europa han exigido que se vuelva a redactar el tratado o que se abandone.¹² Tras las primeras demandas en el marco del TCE en diciembre de 2014, Italia se retiró del acuerdo.¹³

A la luz de la creciente controversia, los Estados miembros del TCE aprobaron en noviembre de 2018 una lista de temas para “modernizar” el tratado.¹⁴ Las negociaciones comenzaron en 2020 y está previsto que duren varios años. Aunque todos los miembros del TCE deben estar de acuerdo para reformar el tratado, varios cuestionan la necesidad de un cambio (para más información, véase la sección 6).

Al mismo tiempo, los defensores del TCE están presionando silenciosamente para ampliar el alcance geográfico del acuerdo a África, Asia y América Latina. Como consecuencia de ello, se prevé que muchos países firmen el TCE con sus privilegios extraordinarios para los inversores: Pakistán, Burundi, Eswatini (antiguamente Swazilandia) y Mauritania (todos han ratificado el TCE a nivel nacional), Uganda (que podría ser el próximo país invitado a adherirse), así como también Bangladesh, Chad, China, Gambia, Marruecos, Níger, Nigeria, Panamá, Senegal y Serbia (a los que la Secretaría del TCE está apoyando con sus informes de adhesión). En su programa de trabajo para 2020, la Secretaría también proyectó actividades de difusión en Kenia, Irán y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) y se mostró interesada en lograr la adhesión de países del Sudeste Asiático.¹⁵ (Para más información sobre la expansión, véase la sección 7.)

Este proceso ha sido impulsado principalmente por la Secretaría del TCE y quienes se benefician cuando los inversores demandan a Estados en virtud del Tratado, es decir, las grandes empresas de energía y los abogados especializados en inversiones. La presente guía estudia con detenimiento a quienes lucran con el TCE.

RECUADRO 2

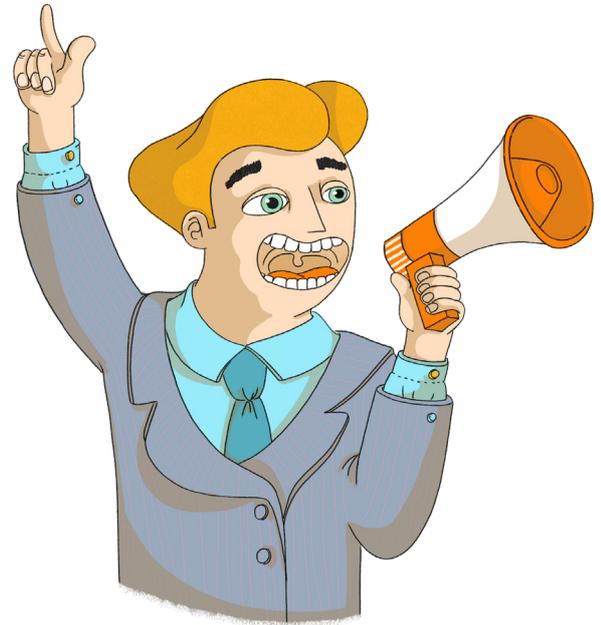
El TCE en cifras¹⁶

- Ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. En octubre de 2020, la Secretaría del TCE enumeraba un total de **134** demandas interpuestas por empresas en virtud del tratado. Debido a que los procedimientos pueden mantenerse en secreto, es probable que el número real sea mayor.
- 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 (1998-2007) solo se registraron **19** demandas, en los diez últimos años (2010-2019) se entablaron **102** demandas de inversores, lo que representa un aumento del **437 %** en el número de demandas presentadas de las que se tiene conocimiento. Es probable que esta tendencia se mantenga.
- El **66 %** de las demandas conocidas en el marco del TCE fueron interpuestas por inversores de un Estado miembro de la UE contra el Gobierno de otro Estado miembro, para reclamar grandes sumas de dinero público que, seguramente, no se podrían exigir al amparo del sistema jurídico de la UE.
- El **60 %** de las demandas presentadas en virtud del TCE de que se tiene conocimiento y en las que hubo una resolución a octubre de 2020 beneficiaron al inversor, ya sea mediante un acuerdo (**12 %**) o un fallo a favor del inversor (**48 %**).¹⁷
- A los Gobiernos se los ha condenado a pagar o bien han accedido a pagar más de **52 000 millones** de dólares en concepto de daños, procedentes de fondos públicos, una cifra que supera la inversión anual necesaria para proporcionar acceso a la energía a todas aquellas personas del mundo que carecen de él.¹⁸
- Las demandas pendientes en virtud del TCE donde esta información está disponible (tan solo 25 de 52 casos) tienen un valor colectivo de **28 000 millones** de dólares - el equivalente al costo anual estimado para que el continente africano se adapte al cambio climático.¹⁹
- Los costos legales promedian los **4,9 millones** de dólares para los Estados demandados y **6 millones** de dólares para los inversores demandantes en las controversias entre inversores y Estados,²⁰ pero pueden ser mucho más elevados. En los casos del TCE relativos al desmantelamiento de la ahora desaparecida gigante petrolera Yukos, se llegó a la suma de **124 millones** de dólares, de los cuales se condenó a Rusia a pagar alrededor de **103 millones**.²¹

LOS DEFENSORES DEL TCE

En términos generales, los defensores del TCE se dividen en cuatro grupos: el primero, la Secretaría del TCE, que tiene vínculos estrechos con abogados en materia de inversión y empresas de energía, y cuya supervivencia depende de la existencia del TCE; el segundo está integrado por abogados y árbitros que cobran elevados salarios por las demandas en virtud del TCE; el tercer grupo está integrado por empresas de energía, que pueden utilizar el tratado para obtener grandes sumas de dinero público y ejercer presión contra reglamentaciones que reducen sus ganancias; y por último, pero no menos importante, los Gobiernos, o más bien algunas de sus dependencias, como los ministerios de industria y energía, que a menudo responden a los intereses de lucro de las empresas que invierten en el extranjero.

Ante la creciente reacción en contra del TCE por parte de Parlamentos y del público en general, los defensores del tratado se han dado cuenta de que resulta difícil defenderlo tal cual está. Por lo que su objetivo fundamental es mantener o incluso ampliar el alcance del TCE, mientras permiten cambios superficiales al tratado para tranquilizar a sus detractores.



La Secretaría del TCE

La Secretaría del TCE, que tiene sede en Bruselas, se creó a mediados de la década de 1990. En la actualidad, tiene alrededor de 25 empleados fijos²² y su presupuesto anual de 4 millones de euros es financiado en gran medida por la UE y sus Estados miembros.²³

Sin el TCE, la Secretaría no tendría una razón de ser. Su interés inherente en la existencia del TCE pone en duda la neutralidad de la Secretaría. Para sobrevivir, la Secretaría ha adoptado un papel activo en facilitar, y por lo tanto configurar, el proceso para “modernizar” el tratado obsoleto.²⁴ Al mismo tiempo, ha sido el órgano más activo en promover la expansión del TCE a nuevos Estados signatarios.²⁵ Más recientemente, la Secretaría caracterizó al TCE como “un complemento al Acuerdo de París”²⁶ y ha intentado desviar la creciente opinión pública negativa acerca del tratado.²⁷

Mientras tanto, la Secretaría ha promovido el tratado como una forma para que los inversores reciban indemnizaciones por la decisión de los Gobiernos de eliminar progresivamente los combustibles fósiles,²⁸ mientras mantienen vínculos estrechos con las grandes empresas de energía y con el sector jurídico, que han lucrado ampliamente con el TCE.

Bufetes de abogados y árbitros

Los abogados y árbitros ganan mucho dinero cuando los inversores demandan a Estados en virtud del TCE. Por ejemplo, en el caso del TCE Stati contra Kazajistán, el árbitro que presidió el proceso recibió 400 000 euros y los otros dos árbitros recibieron 200 000 euros cada uno.²⁹ Si bien estos montos parecen exorbitantes, en realidad son relativamente pequeños comparados con lo que cobran los bufetes de abogados por representar a las partes. Por ejemplo, en el caso Khan Resources contra Mongolia, se informó que el inversor pagó casi 7 millones de dólares en costos legales al bufete de abogados Crowell & Moring. Los árbitros condenaron al Estado a pagar estos costos.³⁰

Las demandas en el marco del TCE benefician especialmente a un grupo pequeño de árbitros y bufetes de abogados. A finales de 2017, un grupo de 25 árbitros emitió fallos en el 44 % de los casos del TCE. Tan solo cinco bufetes de abogados de élite han estado implicados en casi la mitad de las demandas de inversores conocidas.³¹

No resulta sorprendente que los abogados que participan activamente en casos relacionados con el TCE tiendan a defender el tratado. Un ejemplo es la Federación Europea del Derecho de las Inversiones y el Arbitraje (EFILA), un grupo de presión en materia de arbitraje que incluye entre sus miembros a bufetes de abogados como King & Spalding (que participa en 22 casos del TCE), Allen & Overy (que ha participado en 18 casos del TCE), Mannheimer Swartling (5 casos del TCE) y los miembros de su consejo de administración incluyen a representantes de Luther (3 casos del TCE) y Cuatrecasas (9 casos del TCE).³² El grupo de presión ha hecho lo imposible para defender el TCE,³³ por ejemplo, publicó impugnaciones detalladas a informes críticos respecto del tratado.³⁴

Algunos de los bufetes de abogados que participan con más frecuencia en casos del TCE también forman parte de su grupo de trabajo de asesoramiento jurídico, que apoya la labor de la Secretaría de la Carta de la Energía en considerar mejoras a los mecanismos de solución de disputas en virtud del TCE.³⁵ Dos tercios de los abogados que integran el grupo de trabajo tienen un interés financiero respecto de las demandas de inversores contra Estados, en particular muchas basadas en el TCE.³⁶ A través de este grupo de asesoramiento, los abogados con un interés creado en mantener grandes privilegios para los inversores tienen una vía directa para influenciar a la Secretaría y a los Estados miembros del TCE.

Empresas de energía

En última instancia, las principales beneficiarias del TCE son las empresas de energía. Estas empresas son las únicas que pueden iniciar demandas y obtener beneficios por millones o miles de millones de euros de los contribuyentes y lograr concesiones como normas ambientales más laxas.

A pesar de que las grandes empresas de energía se han negado en gran medida a realizar comentarios públicos sobre el TCE, ejercen influencia entre bastidores. Las empresas de energía como Shell, BP, Enel, Unión Fenosa, Abengoa y Uniper son parte del panel asesor del sector del TCE.³⁷ En 2019, el panel confirmó que en cuestiones relacionadas con el TCE “el sector es consultado con frecuencia sobre temas importantes y que su opinión se tiene en cuenta cuando se establecen prioridades”.³⁸ El mandato que rige las operaciones de este grupo pone de manifiesto el modo en que sus opiniones procuran influenciar la labor de la Secretaría y las deliberaciones de los miembros del TCE.³⁹

Los inversores que asesoran a la Secretaría apoyan la modernización del TCE, en la medida en que implique ampliar su alcance mediante, por ejemplo, “la extensión de la protección de las inversiones a una etapa previa a la inversión”,⁴⁰ que permitiría a los inversores entablar demandas incluso antes de que se inicie un proyecto. Además, exigen que las “disposiciones del TCE sobre la expropiación y los procedimientos de indemnización justa...no deberían debilitarse de ningún modo”.⁴¹ Además, el sector sostiene que “al parecer, no hay justificación para una definición adicional o una disposición sobre el ‘derecho del Estado a regular’”.⁴² Por lo tanto, las reformas propuestas por las grandes empresas de energía volverían al tratado aún más peligroso para las personas, el planeta y la democracia.

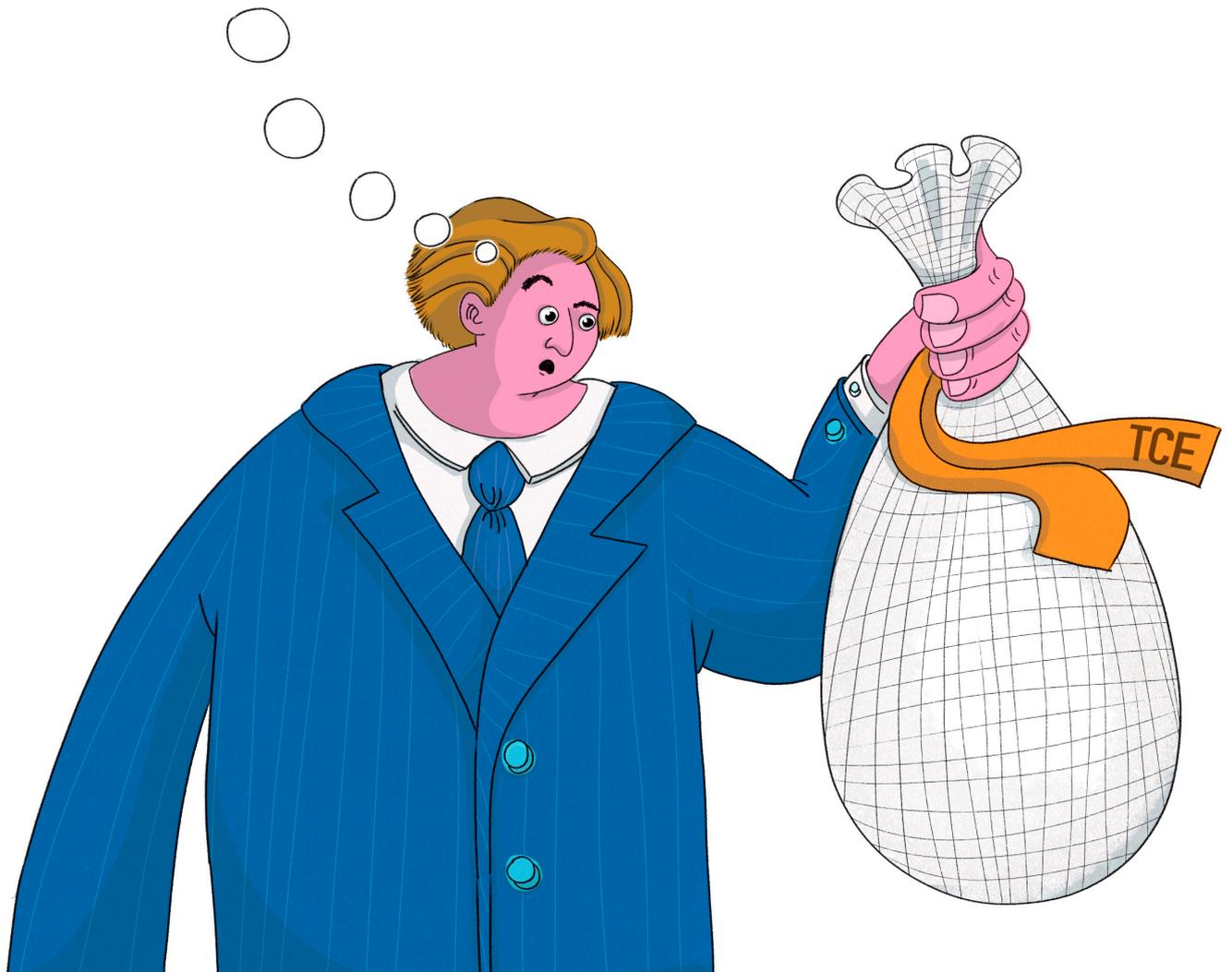
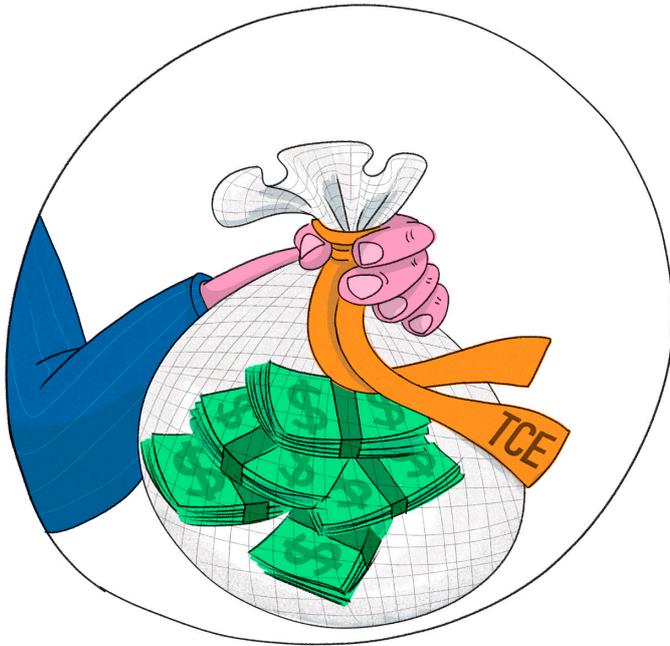
Gobiernos

Los Estados son los signatarios del TCE. Tienen el poder de decisión definitivo de mantener, cambiar o dar por terminado el tratado. Actualmente, ningún Estado miembro parece estar interesado en eliminar el TCE por completo. Los ministerios de economía suelen mostrarse especialmente interesados en mantener un tratado que otorga a los inversores nacionales un instrumento poderoso para garantizar ganancias en el extranjero. No obstante, los Gobiernos tienen opiniones divergentes sobre el futuro del TCE.

Por un lado, el Japón, que cuenta con el apoyo de países exportadores de energía como Kazajistán, ha defendido el statu quo y rechaza cambios profundos al TCE.⁴³ En cambio, la Comisión Europea y los Estados miembros de la UE intentan reformar el tratado para justificar que siguen siendo parte en un acuerdo que han considerado “anticuado”.⁴⁴ Por este motivo, los Gobiernos de los países de la UE han impulsado negociaciones para modernizar el TCE.

Ante el creciente rechazo al tratado, especialmente por parte de europarlamentarios,⁴⁵ la Comisión Europea es consciente de que debe mostrar algunos resultados de las negociaciones sobre la modernización que hagan que el TCE parezca compatible con el Acuerdo de París y el Pacto Verde Europeo. Existe, sin embargo, un grave riesgo de que se aprueben reformas menores al TCE y que se las presenten como cambios importantes que resolverán todos sus problemas.

ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES GENERALES A FAVOR DEL TCE



Afirmación 1

El TCE atrae más inversión extranjera!



Realidad

No hay pruebas de que el TCE atraiga la inversión. Ni analistas ni inversores ni funcionarios públicos consideran que los tratados de inversión desempeñan un papel importante en impulsar decisiones en materia de inversión.

“Uno de los objetivos principales del Tratado es promover un clima de previsibilidad necesario que pueda atraer la participación del sector privado.”

Sitio web de la Secretaría del TCE⁴⁶

“Al reducir los riesgos políticos que afrontan los inversores extranjeros en el país anfitrión, el tratado procura fomentar la confianza de los inversores y contribuir a que aumenten los flujos de las inversiones internacionales.”

Sitio web de la Secretaría del TCE⁴⁷

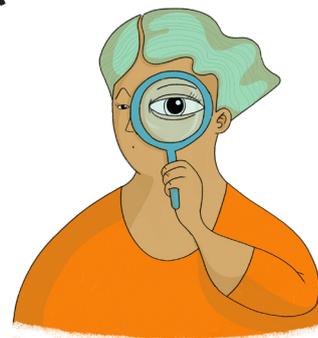
No hay pruebas contundentes de que tratados de inversión como el TCE den lugar a más inversiones. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) concluye en un análisis de datos disponibles que **no hay pruebas empíricas de que la protección de las inversiones aumente la inversión extranjera directa (IED)**.⁴⁸ Esto ha sido confirmado por un reciente meta análisis de 74 estudios académicos, en el que se concluyó que los tratados de inversión “tienen un efecto tan pequeño en la IED que se considera insignificante o nulo”.⁴⁹ La existencia de tratados de inversión no forma parte de los 167 criterios mediante los cuales Bloomberg New Energy Finance evalúa el atractivo de un país para las inversiones en energías renovables.⁵⁰ Sin embargo, se considera que los países que nunca firmaron tratados de inversión o que recientemente se retiraron de ellos brindan oportunidades óptimas para esos inversores.⁵¹

Los Gobiernos también han comenzado a darse cuenta de que **no se ha cumplido la promesa de atraer IED a través de tratados de inversión**. Después de que Sudáfrica anulara algunos tratados bilaterales de inversión (TBI) (tratados internacionales que reservaban a 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 países con los que no tenemos TBI. En resumen, los TBI no han sido determinantes a la hora de atraer inversiones a Sudáfrica”.⁵² Otros países han tenido la misma experiencia. En Indonesia, la IED procedente de los Países Bajos aumentó después de que el país pusiera fin a sus tratados de inversión con este país europeo y varios otros países.⁵³ Ecuador llegó a la misma conclusión después de una auditoría exhaustiva.⁵⁴ Por su parte, Brasil es el receptor de la mayoría de la IED en América Latina,⁵⁵ a pesar de ser uno de los pocos países que nunca ha ratificado ningún tratado que prevea el arbitraje entre inversores y Estados.

Según estudios, muchos **inversores ni siquiera saben de la existencia de los tratados de inversión** a la hora de decidir si desean o no invertir en un país. Si sabían de su existencia, los tratados no fueron un factor importante a la hora de tomar una decisión.⁵⁶ Específicamente, en el caso de las inversiones en energía eólica en países en desarrollo, investigaciones han demostrado que el apoyo mediante regulaciones (como el acceso a la red eléctrica) y factores económicos (como las tarifas para proveedores de energía renovable) desempeñaron un papel más importante para atraer la inversión extranjera directa, mientras que los tratados de inversión no estuvieron entre los factores mencionados.⁵⁷

Afirmación 2

El TCE promueve el Estado de derecho!



Realidad

El TCE socava el Estado de derecho. Apoya un sistema jurídico secreto y sesgado, al que solo pueden acceder inversores extranjeros y puede representar un obstáculo para los sistemas judiciales que efectivamente se basan en el Estado de derecho.

La idea de que el TCE podría mejorar el Estado de derecho en el sector de la energía adolece de deficiencias fundamentales. Incluso desde una concepción procesal limitada, el TCE entraña el riesgo de socavar el Estado de derecho al menos de tres modos fundamentales:⁶⁰

1. Dos aspectos importantes del Estado de derecho son el acceso equitativo a la justicia y la independencia judicial. Pero el sistema de solución de diferencias sobre inversiones del TCE:

a) 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. Los Gobiernos, los inversores nacionales, la sociedad civil y las comunidades afectadas no pueden iniciar reclamaciones. Como afirmó el nobel en

Economía Joseph Stiglitz en una carta conjunta: "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. La solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS), en cambio, es un sistema que se basa en un acceso diferenciado".⁶¹

b) es un **proceso muy opaco, plagado de conflictos de interés y manifiestamente contrario al principio de independencia judicial**. El TCE no establece un requisito de hacer públicas las reclamaciones o los procedimientos. Ni siquiera la Secretaría conoce todas las reclamaciones, dado que se mantienen en secreto.⁶² Los árbitros que deciden los casos tienen fuertes incentivos para interpretar las disposiciones del tratado en un sentido amplio y a favor de los inversores extranjeros, debido a que una interpretación de la ley que favorezca al inversor implicará más nombramientos de árbitros en los casos, más poder y más dinero para ellos en el futuro. La práctica denominada "double-hatting", por la cual las mismas personas desempeñan funciones de árbitros y asesores en diferentes casos, genera aún más conflictos de interés, dado que un árbitro podría interpretar el TCE de un modo que lo beneficie a él en un caso y a sus clientes en otro caso.⁶³

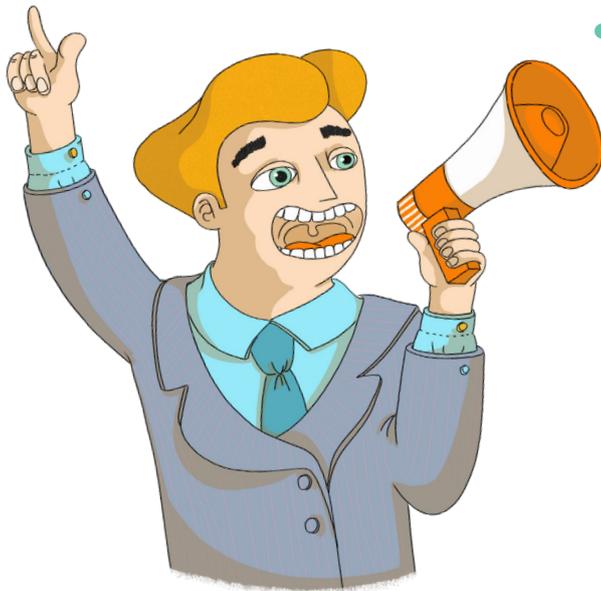
Las características del sistema de solución de diferencias en materia de inversión que forman parte del TCE contradicen las normas básicas del Estado de derecho que, según los defensores del TCE, el tratado ayudará a corregir.

2. En virtud del TCE, **no es necesario que los inversores presenten reclamaciones en primera instancia ante tribunales nacionales**, un requisito generalizado en otros ámbitos del derecho internacional, como el de los derechos humanos. Al otorgar a algunos de los actores más poderosos de la sociedad un foro específico para sus reclamaciones, el arbitraje en materia de inversiones elimina los incentivos para que los Estados

mejoren la calidad de sus sistemas jurídicos nacionales.⁶⁴ Según estudios, en algunos casos los tratados de inversión incluso han tenido un efecto negativo en las instituciones jurídicas nacionales.⁶⁵

3. El TCE está siendo utilizado principalmente para demandar a países con sistemas jurídicos sólidos. Más de dos tercios de los casos presentados en virtud del TCE han sido reclamaciones contra la Unión Europea y sus Estados miembros.⁶⁶ Esto demuestra que los inversores extranjeros eluden los sistemas judiciales nacionales basados en el Estado de derecho para utilizar un foro que les resulte más favorable. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió en un fallo histórico que los casos en materia de inversión entre los Estados miembros de la UE son ilegales, debido a que menoscaban el orden jurídico de la Unión.⁶⁷

Afirmación 3



El TCE es la única forma de proteger a los inversores del sector energético en el extranjero, especialmente en países con sistemas judiciales deficientes!



Realidad

Los inversores tienen una multiplicidad de opciones para proteger sus inversiones en el extranjero, sin embargo, el TCE es la más atractiva porque puede servirles como una máquina de hacer dinero. En cualquier caso, los países con sistemas judiciales deficientes no son el objetivo principal de las demandas de inversores.

Los inversores extranjeros tienen una amplia variedad de opciones para protegerse y reivindicar sus derechos:

1. Al igual que cualquier persona, **los inversores extranjeros tienen derecho de reclamar una indemnización por presuntas infracciones ante los tribunales de los países anfitriones.** Cuando, por ejemplo, Vattenfall no estuvo de acuerdo con la decisión de Alemania de abandonar la energía nuclear, la empresa demandó al Gobierno ante el tribunal superior del país. El tribunal concluyó que el abandono de la energía nuclear por parte de Alemania era constitucional, pero falló que Vattenfall y otras empresas tenían derecho a recibir una indemnización limitada por ciertas medidas adoptadas por el Gobierno en ese sentido.⁷¹ A pesar de ello, Vattenfall ha continuado su reclamación paralela de 6 100 millones de euros en virtud del TCE (véase el recuadro 1 en la página xx), posiblemente apostando a que obtendrá una mayor ganancia de la que obtendría en virtud de la legislación alemana. Si bien la constitución de Alemania no considera las ganancias futuras como propiedad protegida,

“ La filosofía en la que se funda el TCE es que en una controversia entre el Estado y un inversor extranjero, los tribunales nacionales son parte del Estado, por lo que el Tratado es el único foro imparcial para la solución de diferencias. ”

Thomas Wälde (t), catedrático de derecho, abogado, árbitro y especialista en procedimientos del TCE⁶⁸

“ Desde hace mucho tiempo, el arbitraje ha sido el mecanismo favorecido para asegurar la independencia de los inversores del posible sesgo a favor del Estado en los tribunales nacionales. ”

Andrei V. Belyi, ex miembro de la Secretaría del TCE⁶⁹

“ Puede resultar difícil asegurar que los tribunales nacionales de algunos países apliquen el Estado de derecho... de manera imparcial e independiente. ”

EFILA, grupo de presión a favor del arbitraje en materia de inversión⁷⁰

los tribunales del TCE a menudo otorgan indemnizaciones por ganancias hipotéticas que podrían haberse generado a partir de una inversión (véase también la afirmación 5).

2. Existen muchas opciones para que los inversores obtengan protecciones adicionales:

- un seguro privado contra riesgos políticos puede proteger a los inversores contra riesgos como la confiscación, la nacionalización y la anulación de contratos;
- el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones del Banco Mundial (OMGI), que brinda garantías a inversores contra pérdidas provocadas por riesgos como la expropiación, la inconvertibilidad de la moneda, las transferencias de moneda, la guerra civil o disturbios;
- un seguro ofrecido al inversor por el país de origen. La mayoría de los países que exportan capital proporcionan seguro a empresas que invierten en el extranjero, de modo similar a lo que ofrece el Banco Mundial.⁷²

3. En general, un **inversor puede negociar el acceso al arbitraje entre inversores y Estados en contratos con el Estado anfitrión en relación con un proyecto de inversión específico**. Posteriormente, el Gobierno puede evaluar si se justifica ofrecer esa posibilidad para la inversión específica, en lugar de entregar un cheque en blanco a todos los inversores extranjeros de los más de 50 países signatarios del TCE.

Sin perjuicio de ello, los países cuyos sistemas judiciales son deficientes no son el principal objetivo de las reclamaciones presentadas en virtud del TCE (o de otros tratados de inversión). A escala mundial, **la mayoría de las demandas entre inversores y Estados se entablan contra países democráticos con un Estado de derecho sólido**. Un estudio realizado en 2014 concluyó que desde mediados de la década de 1990 en adelante, la mayoría de las “demandas de arbitraje en materia de inversión fueron entabladas contra Gobiernos que exhiben un nivel relativamente elevado de desarrollo democrático y Estado de derecho”.⁷³ Esto también ocurre con las demandas presentadas en virtud del TCE. Más de dos tercios de las demandas del TCE de que se tiene conocimiento fueron entabladas contra la Unión Europea y sus Estados miembros.⁷⁴ Esto demuestra que el TCE no es tanto un instrumento para obtener justicia en países con sistemas jurídicos deficientes, sino más bien una forma de obtener ganancias garantizadas (véanse también las afirmaciones 2 y 5).

Cabe destacar que **tampoco hay pruebas contundentes de sesgo sistemático contra los inversores extranjeros** que justificaría la existencia de tribunales especiales únicamente destinados a ellos. Por el contrario, un estudio sobre el trato que reciben los inversores extranjeros en los países en desarrollo concluyó que las experiencias de empresas extranjeras con los Gobiernos anfitriones “tienden a ser positivas o mejores de las que informan sus contrapartes nacionales”.⁷⁵ El trato relativamente mejor de los inversores extranjeros frente a los nacionales es aún más prevalente en países de bajos ingresos, presuntamente aquellos con sistemas jurídicos deficientes. Como concluyen los autores del estudio: “Existe una ventaja política, y no una responsabilidad, de ser una empresa extranjera”.⁷⁶

Afirmación 4



Los Estados ganan la mayoría de los casos en base al TCE !



Realidad

La mayoría de los casos iniciados en el marco del TCE tuvieron resultados favorables para los inversores demandantes. En casi un 60 % de los casos resueltos, los inversores o bien recibieron una indemnización monetaria o recibieron otras concesiones como parte del acuerdo. Además, hay un gran número de casos que nunca fueron a arbitraje debido a que los inversores ya habían obtenido lo que querían mediante amenazas de entablar una demanda costosa, lo que demuestra que el TCE favorece a los inversores.

“Los inversores solamente recibieron una indemnización en un 44 % de los casos que entablaron en virtud del TCE.”

Estadísticas publicadas por la Secretaría del TCE⁷⁷

Las estadísticas que solo tienen en cuenta las indemnizaciones monetarias son engañosas porque pierden de vista los modos fundamentales en que el TCE beneficia a los inversores y afecta negativamente las facultades regulatorias de los Gobiernos:

1. La mayoría (60 %) de las demandas entabladas en virtud del TCE en las que decide un tribunal han favorecido al inversor, ya sea porque el tribunal falló a su favor o porque se alcanzó un acuerdo, que probablemente incluyó algún tipo de beneficio para el inversor.⁷⁸ En las demandas en virtud del TCE contra España, por ejemplo, los tribunales fallaron a favor de los inversores en un 86 % de los casos.⁷⁹ Cabe destacar que, en virtud del TCE, los Estados nunca pueden “ganar” realmente. En el mejor de los casos pueden aspirar a no tener que pagar una indemnización al inversor.

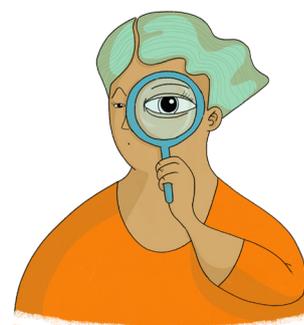
El motivo por el cual los acuerdos deberían interpretarse como favorables a los inversores es que les permiten obtener lo que desean. Entablar una demanda puede ser un instrumento para presionar a un Gobierno para que flexibilice o retire una legislación o regulación prevista. La empresa de energía sueca Vattenfall, por ejemplo, demandó al Gobierno alemán después de que la ciudad de Hamburgo propusiera medidas más contundentes para proteger el agua, que habrían afectado a su central termoeléctrica de carbón. Vattenfall reclamó más de mil millones de euros de indemnización a través del TCE, pero alcanzó un acuerdo después de que la ciudad accediera a flexibilizar su regulación sobre el agua (véase el recuadro 1).⁸⁰ Los políticos locales han reconocido que se presionó a la ciudad para que flexibilizara sus normas ambientales mediante el reclamo de una indemnización elevada. Como lo describe un bufete de abogados: “Al evaluar si entablar una demanda... los inversores deberían tener en cuenta que en alrededor del 30 o el 40 % de las controversias en materia de inversión se llega a un acuerdo antes de que se emita un laudo definitivo. Iniciar una demanda puede generar una ventaja que ayude al inversor a alcanzar un resultado satisfactorio”.⁸¹

2. En ocasiones, no hace falta que los inversores entablen una demanda para lograr lo que quieren. En 2017, por ejemplo, la empresa de gas y petróleo canadiense Vermilion amenazó con demandar a Francia en virtud del TCE por un proyecto de ley para poner fin a la extracción de combustibles fósiles en el territorio francés para 2040. La amenaza probablemente contribuyó a disminuir el alcance de la ley, dado que la versión final permite renovar licencias de explotación después de su vencimiento (véase el recuadro 1).⁸² Otro ejemplo es la eliminación progresiva del carbón en Alemania, por lo cual el Gobierno alemán ha prometido pagar 4350 millones de euros de indemnización a las empresas de carbón. Expertos afirman que un motivo para esta suma excesiva es que, a cambio, las empresas renunciaron a su derecho de impugnar la salida del carbón en el marco del TCE.⁸³ Un abogado especialista en el tema dijo a un periodista: “Gran parte de mi trabajo consiste en amenazar con entablar demandas que nunca llegan a arbitraje...Esto es mucho más habitual... Es mucho mejor hacer las cosas con discreción”⁸⁴.

Afirmación 5



Los inversores ganan mucho menos dinero del que reclaman!



Realidad

Los inversores a menudo inflan el monto que reclaman inicialmente para llegar a la indemnización que probablemente recibirán al final. Los métodos utilizados para calcular indemnizaciones también favorecen a los inversores.

Los tribunales a menudo obligan a los Estados a pagar una indemnización significativamente menor de la reclamada por el inversor. En un tercio de los casos de que se tiene conocimiento en que un Estado fue obligado a pagar una indemnización, la suma fue menor al 30 % de lo que la empresa había reclamado.

Las indemnizaciones que los inversores reciben cuando ganan un caso en el marco del TCE varían mucho. En ocasiones, los inversores obtienen casi la totalidad del monto que reclamaron. En otros casos, obtienen alrededor de un 10 %. Pero existen problemas graves con el modo en que se reclama y calcula una indemnización en los casos de arbitraje en materia de inversiones:

1. Los inversores suelen inflar considerablemente el monto reclamado inicialmente para aumentar la indemnización que recibirán al final. Un destacado abogado de arbitraje en materia de inversiones describe la estrategia de este modo: “un demandante comienza por solicitar una suma excesiva para que una cifra que sigue siendo excesiva parezca razonable”.⁸⁶ La estrategia utilizada por la empresa minera Khan Resources es un buen ejemplo de ello. Khan Resources demandó a Mongolia después de que el país revocara licencias para sus operaciones mineras debido a que incumplían la nueva ley de seguridad nuclear. La empresa solicitó una indemnización de 326 millones de dólares en virtud del TCE, a pesar de que había invertido solamente entre 16,7 millones y 50 millones de dólares en el proyecto (hay discrepancias acerca del monto exacto).⁸⁷ La estrategia fue exitosa, por lo que Mongolia finalmente fue obligada a pagar 70 millones de dólares en indemnización y los inversores obtuvieron una ganancia imprevista de al menos 20 millones de dólares.⁸⁸ Sin embargo, en las estadísticas de la Secretaría del TCE figura que Khan Resources obtuvo un 24,5 % de su reclamación inicial.⁸⁹

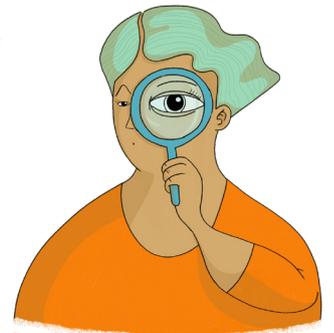
2. A menudo, los tribunales de arbitraje utilizan un método para calcular el valor de una inversión que favorece a los inversores. En lugar de determinar cuánto dinero un inversor ha invertido realmente, es cada vez más habitual que los tribunales otorguen indemnizaciones sobre la base de las ganancias futuras que la inversión podría haber generado.⁹⁰ El uso cada vez más frecuente de este método de cálculo es considerado “un factor clave en el aumento de las indemnizaciones reclamadas en controversias de tratados de inversión en los últimos 20 años”.⁹¹ Un experto señaló que este modo de calcular los pagos de indemnizaciones está “contaminado por su aplicación errónea y ha sido utilizado para justificar valoraciones que superan las ‘dimensiones irreales’ y ‘fantasiosas’”.⁹² El profesor de derecho internacional Robert Howse lo ha denominado “ciencia chatarra”.⁹³

No resulta sorprendente que en muchos casos los inversores especulan correctamente que una demanda de arbitraje les otorgará una indemnización más elevada que un tribunal nacional o internacional. Un ejemplo que ilustra esta situación es el caso del TCE con el laudo más elevado de todos los procedimientos de arbitraje en materia de inversión realizados hasta el momento. Un tribunal de arbitraje dictaminó que Rusia debía pagar a ex accionistas de la empresa petrolera Yukos la suma de 50 000 millones de dólares en indemnización. Los accionistas de Yukos también acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para reclamar una indemnización en el mismo asunto. Aquí, obtuvieron 1 900 millones de euros, menos de un 5 % de lo que recibieron en virtud del TCE.⁹⁴

Afirmación 6



Las pequeñas y medianas empresas (pymes) usan el TCE con más frecuencia!



Realidad

La Secretaría del TCE utiliza una definición incorrecta y engañosa de pymes que incluye a grandes empresas multinacionales, para poder afirmar que la mayoría de las demandas entabladas en virtud del TCE son entabladas por pymes. Esto no es cierto. Debido a los costos elevados, los procedimientos prolongados y que la probabilidad de ganar casos es más baja (en comparación con las grandes empresas), el arbitraje en materia de inversiones no es una opción atractiva para las pymes.

“ La mayoría de las demandas en materia de inversión en virtud del tratado son entabladas por pequeñas y medianas empresas (alrededor del 60 %). ”

Secretaría del TCE⁹⁵

A octubre de 2020, 261 pymes habían sido demandantes en casos del TCE, mientras que tan solo 7 casos habían sido entablados por grandes empresas.

Estadística publicada por la Secretaría del TCE⁹⁶

La afirmación de la Secretaría del TCE de que las pymes son las principales usuarias del tratado es muy engañosa. En sus estadísticas, la Secretaría define como pyme a toda empresa que no forma parte de las 250 empresas más grandes del mundo.⁹⁷ Por consiguiente, **muchas grandes empresas son clasificadas como pymes**. Por ejemplo, la empresa sueca de energía Vattenfall, que entabló dos demandas contra Alemania en virtud del TCE, es considerada una pyme a pesar de tener 20 000 empleados y ganancias anuales de casi 1 500 millones de euros.⁹⁸ De modo similar, la empresa de electricidad belga Electrabel, que demandó a Hungría en virtud del TCE, obtuvo ganancias por 18 700 millones de euros e ingresos de 3 300 millones de euros en 2018, y aun así era considerada una pyme.⁹⁹ No resulta sorprendente que esta definición de pyme contradiga la utilizada por la Comisión Europea, que define a las pymes como empresas con menos de 250 empleados o cuyas ganancias anuales no superan los 50 millones de euros.¹⁰⁰

Un encuesta realizada entre pymes hace algunos años concluyó que muy pocas de estas empresas consideran que el arbitraje en materia de inversiones en el marco de tratados como el TCE es un instrumento importante, y más de un tercio considera que los tratados de este tipo podrían desfavorecerlas frente a la competencia extranjera.¹⁰¹ Hay varios motivos por los cuales las pymes no son partidarias de resolver diferencias en tribunales de arbitraje internacionales:

1. Costos: los arbitrajes en materia de inversiones son muy costosos. **Cuestan a los inversores que entablan demandas alrededor de 6 millones de dólares en promedio**, y la mayor parte de ese monto se destina a pagar honorarios de abogados.¹⁰² En casi la mitad de los casos en virtud del TCE que se han concluido, cada parte tuvo que pagar sus propios costos, incluso si ganó la demanda.¹⁰³ Estos costos son más difíciles de soportar para una pyme que para una empresa multinacional, y entablar una demanda no tiene sentido si la suma reclamada es inferior a los posibles costos.

2. Duración: se tarda al menos cuatro años en promedio en decidir un caso de arbitraje en materia de inversión (lo que contribuye a los costos elevados).¹⁰⁴ Muchas pymes no tienen los recursos para esperar hasta que se haya alcanzado un veredicto, especialmente dado que los casos promedio en tribunales nacionales de los países de la UE se resuelven antes.¹⁰⁵

3. Probabilidades: Las pymes tienen **menos probabilidad de ganar casos de arbitraje en materia de inversión que las grandes empresas**. Un estudio que analiza los laudos conocidos y disponibles al público hasta 2015 concluyó que las pequeñas empresas tienen una tasa de éxito del 45,5 %. Las empresas medianas ganaron un 55,6 % de los casos, mientras que las grandes empresas ganaron un 70,8 % de los casos.¹⁰⁶ El mismo estudio concluyó que los beneficiarios de indemnizaciones determinadas por los tribunales de arbitraje en materia de inversión “en total, han sido empresas con ganancias superiores a los 1 000 millones de dólares anuales, especialmente empresas muy grandes, con ganancias anuales superiores a los 10 000 millones de dólares.”¹⁰⁷

Como señaló un periodista que realiza un seguimiento de los casos de arbitraje en materia de inversiones: “Independientemente de lo que se piense sobre los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados, este no es un sistema muy utilizado por demandantes realmente pequeños para obtener justicia”.¹⁰⁸

ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE EL TCE CONTRIBUYE A COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO



Afirmación 7



¡Gracias al TCE se incrementarán las inversiones en energía limpia!



Realidad

Los tratados de inversión no son un factor importante para los inversores en energía renovable.

Como se muestra en la afirmación 1, **no existen pruebas de que un tratado como el TCE realmente aumente las inversiones.** De hecho, el TCE no incluye disposiciones que estimulen especialmente la inversión en energías renovables, por ejemplo, al brindar un trato más favorable a las inversiones en energía con bajas emisiones de carbono.

Para los inversores en energía renovable los tratados como el TCE no son una consideración importante, como demostró una encuesta de Bloomberg New Energy Finance. En el estudio se calificó a más de 100 países del Sur global según su atractivo para las inversiones en energía renovable.¹¹² El país con mejor calificación, la India, recientemente se retiró de la mayoría de sus tratados de inversión y elaboró un nuevo modelo que reduce considerablemente los derechos que se otorga a los inversores.¹¹³ Brasil, calificado en tercer lugar, nunca firmó un tratado que permita a inversores demandar al país en tribunales de arbitraje privados.¹¹⁴ La existencia de tratados de inversión no forma parte de los 167 indicadores que se tienen en cuenta para la evaluación. De modo similar, los informes de la Agencia Internacional de la Energía no mencionan tratados de inversión cuando se refieren a las medidas que serían necesarias para aumentar la inversión en energías renovables.¹¹⁵

Un tratado internacional diseñado para apoyar la transición energética y desarrollar fuentes de energía renovable sería muy diferente del TCE. Ayudaría a los signatarios a aumentar sus objetivos de generación de energía renovable y de reducción de gases de efecto invernadero de manera coordinada.¹¹⁶ Además, aumentaría el apoyo a la generación de energía renovable al permitir explícitamente medidas de políticas

medioambientales en el sector, como requisitos de empleo local, que en el pasado han entrado en conflicto con acuerdos de comercio e inversiones. Al mismo tiempo, un tratado de ese tipo obligaría a los Estados a aplicar los acuerdos internacionales vigentes en materia de medio ambiente, a fijar precios efectivos para el carbono y eliminar progresivamente los subsidios a los combustibles fósiles.¹¹⁷ Este tipo de medidas podría realmente contribuir a promover la transición a energías renovables, pero no forman parte de las negociaciones para renovar el TCE (véase la afirmación 11).

“La... estabilidad, transparencia y previsibilidad que apuntalan el proceso de la Carta de la Energía brindan la base que los inversores, las empresas y las personas responsables de políticas necesitan para acelerar firmemente las decisiones sobre inversión en tecnologías más limpias y eficiencia energética.”

Sitio web de la Secretaría del TCE¹⁰⁹

“El TCE no es la panacea para solucionar el cambio climático, pero puede ser un instrumento eficaz en el conjunto de herramientas de un Gobierno con la voluntad política de atraer la inversión en energía verde.”

EFILA, grupo de presión a favor del arbitraje en materia de inversiones¹¹⁰

“El Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU requieren una gran inversión en fuentes de energía sostenible. Sin embargo, el Acuerdo de París no protege la inversión en energía, el comercio o el tránsito de productos energéticos. Es aquí donde el Tratado sobre la Carta de la Energía puede desempeñar un papel fundamental.”

Urban Rusnák, secretario general de la Secretaría del TCE¹¹¹

Afirmación 8



El TCE no favorece a los combustibles fósiles, sino que protege todos los tipos de energía por igual!



Realidad

Lejos de ser neutral, el TCE protege las inversiones existentes, en su mayoría en combustibles fósiles.

“El TCE es neutral respecto de la tecnología”

EFILA, grupo de presión a favor del arbitraje en materia de inversiones¹¹⁸

“El tratado es neutral. Protege todas las inversiones en energía: combustibles fósiles, energías renovables y energía nuclear.”

Urban Rusnák, secretario general de la Secretaría del TCE¹¹⁹

combustibles fósiles representó el 56 % de las nuevas inversiones cubiertas por el TCE.¹²¹ Esto está en consonancia con las tendencias mundiales según las cuales, en 2020, el 23 % de la inversión en el suministro de energía se destinó a energías renovables, mientras que la inversión en combustibles fósiles representó el 55 %, es decir, alrededor de 70 000 millones de dólares (el porcentaje restante se destinó a redes eléctricas y centrales nucleares).¹²² Los enormes subsidios a los combustibles fósiles se estiman en 5,2 billones de dólares a nivel mundial y 289 000 millones de dólares al año en la UE¹²³.

La inversión persistente de enormes sumas de dinero en combustibles fósiles y su apoyo a través de subsidios de los Gobiernos es especialmente preocupante debido a que el **TCE protege a los inversores de medidas adoptadas por los Gobiernos que podrían reducir el valor de su inversión**. Pero para cumplir los objetivos del Acuerdo de París, los Gobiernos deben adoptar medidas rápidas y decisivas para disminuir la extracción y el consumo de energías fósiles. Ello incluye cerrar minas de carbón y centrales termoeléctricas, reducir el consumo de gas natural y petróleo, así como también disminuir los subsidios a los combustibles fósiles. En 2015 se calculó que “una tercera parte de las reservas de petróleo, la mitad de las reservas de gas y más del 80 % de las reservas de carbón deberían permanecer inutilizadas” para que haya una probabilidad del 50 % de que la temperatura mundial no aumente más de 2°C.¹²⁴ Si los Gobiernos toman el asunto con seriedad, las inversiones en fuentes de energía fósiles y en infraestructura para combustibles fósiles pronto perderán valor y los inversores podrán recurrir al TCE para reclamar indemnizaciones exorbitantes. Esta es precisamente la ventaja del tratado según sus defensores. El Secretario General del TCE incluso promovió el tratado como un instrumento para que los inversores reciban indemnizaciones por la infraestructura para combustibles fósiles que debe eliminarse antes de lo previsto inicialmente¹²⁵.

Los expertos han elaborado propuestas para reformar el TCE que resolverían estos problemas y lo adaptarían al Acuerdo de París. Esa versión reformada del TCE “discriminaría explícitamente entre inversiones energéticas con altas emisiones de carbono, que deberían recibir un trato menos favorable, y en definitiva eliminarse, e inversiones en energía con bajas emisiones de carbono, que deberían fomentarse”.¹²⁶ También existen propuestas para utilizar los tratados de inversión a fin de volver a reducir los combustibles fósiles, por ejemplo, mediante disposiciones que obligan a los Estados a no permitir más inversiones nuevas que no sean sostenibles, limitar las existentes y eliminar incentivos para los combustibles fósiles como los subsidios y los créditos a la exportación.¹²⁷ Pero estas propuestas no forman parte de las negociaciones sobre la reforma del TCE (véase también la afirmación 11).

Afirmación 9

El TCE protege el clima,
ya que obliga a los
Gobiernos a cumplir con
sus compromisos
de energía renovable!



Realidad

Los tribunales nacionales y europeos son foros mucho más adecuados y equitativos para asegurar que los Gobiernos cumplan sus compromisos adquiridos.

Los programas de apoyo a las energías renovables son importantes para la transición energética, pero necesitan ser flexibles y elaborarse de manera que permitan realizar ajustes. Recientemente, por ejemplo, los costos de la producción de energía renovable disminuyeron rápidamente: la energía eólica se volvió un 70 % más barata y los costos de los grandes proyectos de energía solar disminuyeron un 89 % en los últimos 10 años.¹³¹ Especialmente en épocas de crisis económica y presupuestaria, los Gobiernos necesitan flexibilidad para ajustar los programas de apoyo a fin de equilibrar diferentes necesidades y responsabilidades. De lo contrario, podrían ser aún más reticentes a otorgar subsidios a las energías renovables. No obstante, si los Gobiernos de pronto retiraran o redujeran el apoyo a las energías renovables, estas medidas podrían tener consecuencias negativas para los inversores en energía renovable, ya sean comunidades locales o grandes fondos de inversión. Sin embargo, el TCE no es el instrumento adecuado para proteger a los inversores en energía renovable y garantizar una transición energética:

1. Los compromisos de los países con respecto al clima deben ejecutarse en un sistema jurídico justo, independiente y transparente. El arbitraje en el marco del TCE es la situación opuesta: solamente pueden acceder a él algunos de los actores más ricos de la sociedad (inversores extranjeros), es un proceso extremadamente secreto (dado que las demandas pueden mantenerse ocultas y hay muy poca información disponible al público en los casos en que se tiene conocimiento de los procedimientos) y los árbitros tienen fuertes incentivos para fallar a favor de los inversores (ya que cuanto más demandas entablen los inversores más dinero podrán ganar). Por su parte, **los tribunales nacionales y europeos ofrecen un medio justo y eficaz para que los**

“Hasta el momento, el TCE es el único mecanismo multilateral que los inversores que desempeñan actividades en otros países pueden utilizar para defender sus derechos contra intentos imprevistos e injustificados de disminuir el apoyo nacional a las energías renovables.”

Ex miembro de la Secretaría del TCE Andrei V. Belyi¹²⁸

“Es gracias al TCE que los inversores en energía renovable han podido recuperar algunos de los daños que han sufrido como consecuencia del cambio abrupto en el marco regulatorio.”

EFILA, grupo de presión a favor del arbitraje en materia de inversión¹²⁹

“Las estadísticas de casos de arbitraje basados en el TCE demuestran que la mayoría de las reclamaciones están relacionadas precisamente con proyectos de desarrollo que utilizan fuentes de energía renovable... (El) TCE hoy en día protege en primer lugar a las fuentes de energía renovable...del empeoramiento unilateral del clima de inversiones por parte de los países anfitriones, principalmente miembros de la UE.”

Andrey Konoplyanik, asesor de Gazprom y ex subsecretario general de la Secretaría del TCE¹³⁰

Gobiernos cumplan sus compromisos con respecto al clima porque ofrecen acceso igualitario a todas las personas, desde las comunidades locales a los inversores extranjeros. La mayoría de los sistemas jurídicos nacionales también han sido concebidos para tener en cuenta a diferentes sectores e intereses de la sociedad. En cambio, el sistema de arbitraje en materia de inversiones ha sido creado para responder únicamente a los intereses de los inversores extranjeros.

2. A nivel europeo, se han logrado avances para resolver el problema de los cambios retroactivos a los subsidios a las energías renovables. La versión refundida de la **Directiva de la UE sobre energías renovables prohíbe que los países cambien sus programas de apoyo en forma retroactiva de manera impredecible**¹³² y pueden ejecutarse en tribunales nacionales y europeos. Esto es más justo porque estas normas pueden ser invocadas y se aplican a todas las personas por igual, ya sean inversores extranjeros o nacionales y comunidades locales.

3. El TCE solamente protege a las empresas extranjeras que invirtieron en energías renovables, **no protege a las empresas locales ni a los inversores nacionales**. Sin embargo, las comunidades locales, las municipalidades y las cooperativas son impulsoras importantes de la transición energética. Los dos países europeos que han instalado más energía renovable desde 2009, Dinamarca y Alemania, por ejemplo, tienen una elevada participación ciudadana en la transición energética: en Dinamarca, los proyectos de energía eólica deben ser propiedad de las comunidades locales en al menos un 20 %.¹³³ Estos proyectos de energía a pequeña escala a menudo permiten el apoyo local necesario para instalar energías renovables porque tienden a beneficiar más a la economía local.¹³⁴ Por otra parte, las empresas extranjeras que han utilizado el TCE suelen ser las que necesitan menos protección (porque tienen otros medios de seguro, véase la afirmación 3) y las que menos la merecen (por ejemplo, porque son inversores muy especulativos que también lucran con los combustibles fósiles, véase la afirmación 10).

4. El TCE puede otorgar dinero a inversores extranjeros si se han incumplido cláusulas del tratado, pero no puede obligar a los Gobiernos a que adopten políticas sobre clima. Sin embargo, **los tribunales nacionales han sido utilizados para obligar a los Gobiernos a adoptar políticas y metas más estrictas sobre el clima**¹³⁵ –la mejor forma de apoyar la introducción rápida de energías renovables de manera justa y equitativa.

Afirmación 10



Muchos inversores en energía renovable resultaron perjudicados en España, y en otros países, y el TCE es su única vía para obtener justicia!



Realidad

La mayoría de los inversores que demandaron a España en virtud del TCE fueron fondos de inversión o sociedades pantalla que realizaron inversiones especulativas. El hecho de que estas empresas puedan obtener una gran indemnización porque sus decisiones de inversión riesgosas salieron mal, mientras que miles de empresas españolas de energía renovable están intentando recuperar pérdidas en tribunales nacionales, revela los graves defectos del TCE y del arbitraje en materia de inversión en sentido más amplio.

España es el país que ha recibido más demandas en virtud del TCE. A febrero de 2021, se habían entablado 48 demandas contra el país. Todas ellas impugnan los recortes de los subsidios gubernamentales en el sector de la energía renovable.

En la década del 2000, el Gobierno español había establecido un programa de incentivos generoso para las energías renovables, que atrajo un gran número de inversores financieros.¹³⁹ Sin embargo, en medio de una dura crisis financiera y cediendo a la presión de grandes empresas de servicios,¹⁴⁰ el Gobierno

“Estados como España...retiraron los incentivos o los subsidios que ofrecían. Esos cambios en la regulación tuvieron un impacto perjudicial en el desarrollo y el crecimiento de la energía renovable. Existe muy poco o ningún margen de recurso para estas inversiones en el sistema jurídico nacional correspondiente.”

Asesoramiento del estudio jurídico especializado en inversiones Baker McKenzie¹³⁶

“ Los inversores en el sector de la energía renovable ahora afrontan una situación difícil en varios países europeos. Si bien los recursos a nivel nacional no son muy prometedores, los inversores extranjeros tienen opciones viables en virtud de los tratados de inversión internacionales. ”

Estudio jurídico King & Spalding, especializado en el arbitraje en materia de inversiones¹³⁷

“ Gobiernos de todo el mundo han limitado recientemente sus programas de incentivos a los productores de energía verde...Suele considerarse que el tipo de riesgo que implican estas medidas, es decir, el riesgo político y legislativo, es inmune a la acción jurídica habitual de que disponen las empresas agraviadas, al menos a escala nacional. Los tratados de inversión internacionales pueden, sin embargo, brindar una opción a algunas partes que se ven afectadas negativamente. ”

Estudio jurídico de arbitraje en materia de inversiones K&L Gates¹³⁸

extranjeros se han beneficiado de los subsidios otorgados por un sistema de energía renovable especial sin tener que asumir el mismo riesgo empresarial que el resto de los inversores en energías renovables.

2. Al menos la mitad de las empresas que han demandado a España invirtieron en el país cuando ya había comenzado la crisis económica de 2008 y el Gobierno había introducido los primeros cambios a los subsidios a las energías renovables.¹⁴⁴ Mientras que estos inversores deberían haber sido plenamente conscientes de los riesgos, más tarde afirmaron que España había violado sus “expectativas legítimas” al reducir los subsidios.¹⁴⁵ Los árbitros han aceptado reiteradas veces este argumento, a pesar de que sabían que algunos inversores tenían conocimiento del cambiante ambiente regulatorio en el momento de la inversión.¹⁴⁶ El hecho de que **inversores especulativos** utilizaran el TCE para reclamar grandes indemnizaciones a pesar de que sabían que se reducirían los subsidios en el momento de realizar la inversión no es una señal de justicia, sino un ejemplo de recompensar inversiones malas y riesgosas que salieron mal.

3. La gran mayoría de los inversores que demandaron a España son fondos de inversión que apostaron por el sector de las energías renovables en España en busca de obtener ganancias elevadas.¹⁴⁷ En el 85 % de las 47 demandas en virtud del TCE, el inversor demandante es un **fondo de capital u otro tipo de inversor financiero, muchos de los cuales también invierten en proyectos de energía fósil**, como el carbón, el petróleo, el gas y la energía nuclear.¹⁴⁸ Por lo tanto, el dinero que España debe pagar podría fácilmente terminar en los bolsillos de accionistas o financiar proyectos de combustible fósil.

4. Como consecuencia de la amplia definición de “inversor” y de “inversión” en el TCE, **empresas pantalla** (empresas que prácticamente no tienen empleados y son creadas para traspasar ganancias y evadir impuestos) han podido demandar a España en varias ocasiones. En 10 de los 11 casos en que un inversor de los Países Bajos entabló la demanda, el demandante era una empresa pantalla.¹⁴⁹ Por ejemplo, las empresas “neerlandesas” Isolux Infrastructure y Charanne, que demandaron a España en virtud del TCE, son empresas pantalla de los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, otrora dos de las personas más ricas de España.¹⁵⁰ La Agencia Tributaria de España acusó a Delso y Gomis de evasión fiscal y fueron condenados por fraude fiscal.¹⁵¹ Si bien fueron liberados por una serie de errores procesales,¹⁵² actualmente están siendo investigados por presunto fraude¹⁵³ y corrupción en otras causas¹⁵⁴.

A día de hoy España ya ha sido condenada a pagar casi mil millones de euros a inversores, dinero que ahora no puede utilizarse para apoyar el desarrollo de energías renovables.¹⁵⁵ El Gobierno español recientemente ofreció a inversores de energía renovable una ganancia garantizada del 7 % respecto de sus inversiones en un período de 12 años si a cambio retiran sus demandas en el marco del TCE.¹⁵⁶ A pesar de que las asociaciones españolas de energía solar y eólica mostraron una actitud positiva ante la oferta,¹⁵⁷ un abogado afirmó que “representaba una ‘suma insignificante’ comparada a los montos que los inversores ganarían a través del litigio”.¹⁵⁸ Esto podría explicar por qué hasta el momento solo algunos inversores han aceptado la oferta del Gobierno.¹⁵⁹ Dado que el TCE permite indemnizar a inversores por ganancias futuras hipotéticas, a menudo es una opción mucho más lucrativa que obtener las ganancias habituales de una inversión. Esto demuestra que los inversores no necesitan realmente al TCE para obtener justicia, sino más bien para obtener ganancias garantizadas.

conservador revirtió las garantías de precios para los productores de energía renovable, aduciendo que se habían vuelto demasiado costosos. La decisión perjudicó la transición energética, al medio ambiente y la ciudadanía, cuyas facturas de electricidad aumentaron. También fue un desastre financiero para muchas familias, pequeñas y medianas empresas y municipalidades que también habían sido atraídas por los subsidios e invirtieron en función de ellos. Pero esto no significa que las reclamaciones en materia de energías renovables sean un argumento a favor del TCE. Un examen detenido de las empresas que utilizaron el TCE para demandar al Gobierno de España demuestra que este instrumento brinda “justicia” al tipo de inversores equivocado:

1. El TCE dejó a los **pequeños inversores de España librados a su propia suerte** porque, a pesar de que sufrieron los mismos recortes, no pueden reclamar indemnizaciones en tribunales de arbitraje internacionales. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional de España dictaminaron que los recortes a los subsidios de energías renovables eran legales.¹⁴¹ Rechazaron la solicitud de indemnización de más de 60 000 familias españolas que se vieron afectadas.¹⁴² Esto genera un sistema injusto de dos niveles, donde los inversores más ricos reciben un mejor trato que las demás personas.¹⁴³ Los inversores

ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE MODERNIZAR EL TCE ARREGLARÁ SUS DEFECTOS



Afirmación 11

Modernizar el TCE contribuirá a adaptar el tratado a los objetivos climáticos!



Realidad

La probabilidad de que modernizar el TCE adaptará el tratado a los objetivos climáticos es extremadamente baja. Las propuestas que se están discutiendo continuarían protegiendo a los combustibles fósiles de la regulación del Gobierno. Y debido a que para enmendar el tratado se necesita el acuerdo unánime de todos los miembros, solamente se prevén cambios superficiales.

Hay fuertes indicios de que la modernización del TCE no se ajustará a los objetivos climáticos:

1. Las probabilidades de cambiar fundamentalmente el TCE son muy bajas. Cualquier cambio debe aprobarse por unanimidad, pero **los países miembros ni siquiera están de acuerdo sobre la necesidad de reformar el tratado.** Miembros del TCE como Japón ya han afirmado que no consideran necesario realizar enmiendas al tratado.¹⁶³ Un informe interno de la Comisión Europea de 2017 consideró que “no es realista”¹⁶⁴ que se realicen enmiendas al TCE. Sin embargo, para adaptar el TCE al Acuerdo de París y evitar el peligro de sus disposiciones relativas a la protección de las inversiones, se necesita reformular el tratado por completo.

2. **Se prevé que la protección de los combustibles fósiles continuará durante muchos años.** Ningún Estado miembro del TCE ha realizado propuestas

públicas que excluirían oportunamente a los combustibles fósiles de la nueva versión del tratado. La Comisión Europea ha propuesto seguir protegiendo todas las inversiones de combustibles fósiles existentes hasta la década de 2030 o incluso durante más tiempo.¹⁶⁵ Estudios han concluido que el uso de combustibles fósiles debería reducirse drásticamente de aquí a 2030 para que la EU pueda cumplir sus compromisos en virtud del Acuerdo de París.¹⁶⁶ Sin embargo, es improbable que incluso estas propuestas tímidas e insuficientes logren la unanimidad necesaria de los Estados miembros del TCE, ya que muchos de ellos dependen en gran medida de las exportaciones de combustibles fósiles.

3. Los amplios privilegios que el TCE otorga a los inversores y **los tribunales de arbitraje de inversiones no desaparecerán.** Ningún Estado miembro del tratado ha propuesto eliminar el mecanismo del TCE ni ha exigido a inversores que presenten sus reclamaciones en primer lugar en tribunales locales. Los mismos árbitros que cobran grandes sumas cuanto más demandas se presentan en virtud del TCE y cuyos fallos han favorecido a inversores en el pasado siguen decidiendo si un Estado ha incumplido el tratado y debe pagar una indemnización (véase además la afirmación 13)¹⁶⁷.

“ La finalidad de la reforma del Tratado sobre la Carta de la Energía es llamar la atención sobre el desarrollo sostenible y el cambio climático. ”

Bufete de abogados de inversión Aceris Law¹⁶⁰

“ Si la UE logra que se apruebe su propuesta ambiciosa, el TCE podría ser el tratado de inversión más ecológico jamás negociado. ”

Evaluación de la propuesta de la UE para la modernización del TCE en un blog conocido sobre arbitraje en materia de inversiones¹⁶¹

“ En uno o dos años, espero que el Tratado sobre la Carta de la Energía sirva de complemento al Acuerdo de París sobre el clima. ”

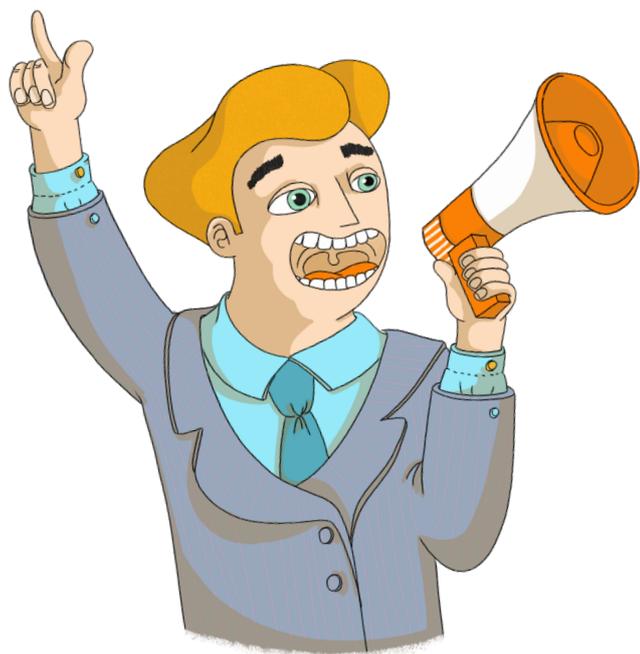
Urban Rusnák, secretario general de la Carta de la Energía, sobre el proceso de modernización del TCE¹⁶²

4. Ampliar la protección del TCE a más fuentes de energía, como sugiere la UE,¹⁶⁸ **plantea el riesgo de que se entablen más demandas relativas a políticas sostenibles.** Tecnologías como el hidrógeno y la biomasa no son de por sí limpias y su uso para la transición energética no está demostrado en el mejor de los casos. Con respecto al hidrógeno, la propuesta de la Comisión Europea no distingue entre el hidrógeno producido a partir de combustibles fósiles y el producido mediante energía renovable. La biomasa está asociada con múltiples riesgos ambientales y sociales. Los miembros del TCE corren el riesgo de ser objeto de demandas costosas si protegen estas tecnologías y se dan cuenta más tarde de que deben elevar las normas de sostenibilidad¹⁶⁹.

Mientras se acaba el tiempo para adoptar medidas por el clima, **las negociaciones del TCE están avanzando a paso de tortuga.** El proceso para modernizar el TCE se inició en 2017,¹⁷⁰ pero las negociaciones comenzaron en 2020. En las tres rondas de negociaciones que tuvieron lugar en 2020, no se logró ningún avance real.¹⁷¹ Más de 115 europarlamentarios y 160 legisladores de diferentes Estados miembros de la UE han advertido que el proceso de modernización no puede seguir durante años mientras el cambio climático se acelera a un ritmo vertiginoso¹⁷². Como afirmó la especialista Yamina Saheb, ex funcionaria de la Secretaría del TCE: “Los posibles resultados de la modernización del TCE, si los hay, serán marginales comparados con los desafíos planteados en más de veinte años de existencia del tratado”.¹⁷³

Antes de que comenzaran las negociaciones del TCE, expertos y académicos desarrollaron un modelo de cómo debería ser un tratado internacional sobre energía limpia e inversión.¹⁷⁴ Sin embargo, su propuesta está tan lejos de lo que podría lograrse a través de las negociaciones para modernizar el TCE, que su aprobación sería mucho más probable si países con posturas similares se unieran y comenzaran de cero, en lugar de intentar reformar el TCE.

Afirmación 12



Integrar el “derecho a regular” de los Estados en el TCE protegerá las políticas públicas de las demandas de inversores!



Realidad

“ La versión modernizada del TCE debería reafirmar explícitamente el llamado ‘derecho a regular’, es decir, el derecho de las partes contratantes de adoptar medidas para proteger la salud, la seguridad, el medio ambiente y otros objetivos de políticas públicas. ”

Consejo de la Unión Europea.¹⁷⁵

La propuesta de la UE sobre el derecho a regular es un engaño. No protegerá a la acción climática ni otras políticas públicas de demandas de inversores costosas y posiblemente exitosas.

La propuesta de la UE de modernizar el TCE incluye lenguaje florido sobre el derecho de los países a regular. Los Estados signatarios deberían “reivindicar el derecho a regular en sus territorios para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección del medio ambiente, en particular la lucha contra el cambio climático...” Además, los derechos del inversor extranjero en virtud del TCE “no deberían

“Esta reafirmación del derecho de regular se supone que, entre otras cosas, brindará a los Estados el alcance necesario para adoptar medidas que implementen la transición energética.”

Ulrich Nussbaum, secretario de Estado, Ministerio de Asuntos Económicos y Energía de Alemania¹⁷⁶

“La Unión Europea recientemente propuso modernizar el capítulo de inversión del TCE que, desde aprobado... dificultará que inversores entablen demandas... (incluso mediante el fortalecimiento considerable del derecho a regular de los Estados anfitriones.”

Winston & Strawn, bufete de abogados especializado en arbitraje en materia de inversión.¹⁷⁷

sistema completamente nuevo”, sostuvo el tribunal.¹⁷⁹ **Reafirmar el derecho a regular** en el TCE, mientras se mantienen intactos los grandes privilegios otorgados a los inversores, **no impedirá que se entablen recursos en virtud del TCE contra políticas públicas legítimas, ni evitará que los árbitros emitan fallos en contra de los Estados.** Esto también significa que permanece el riesgo de una “parálisis reglamentaria”, es decir que incluso en el contexto de la emergencia climática, se regularía menos para tranquilizar a los inversores y evitar así ser objeto de demandas.

2. El texto propuesto **no constituye una excepción para adoptar decisiones que beneficien el interés público.** Una excepción simplemente habría afirmado que las medidas de interés público, como la protección ambiental y social, no incumplen los derechos de los inversores en virtud del TCE. Cabe señalar que la propuesta de negociación de la UE contiene ese lenguaje claro sobre temas relativos a subsidios, donde “una decisión de no otorgar, renovar o mantener un subsidio...no constituirá incumplimiento” del TCE.¹⁸⁰ Resulta preocupante que, al parecer, la UE no tiene intención de proteger las medidas de interés público, como las políticas climáticas, de demandas presentadas en virtud del TCE de manera tan inequívoca.

En un comentario aparte sobre el enfoque del derecho a regular de la UE, el catedrático de derecho canadiense Gus van Harten argumentó que “simula proteger el derecho a regular” cuando en realidad no aborda los problemas reales. “El texto sobre este tema es un buen estudio de caso de cómo el lenguaje jurídico puede redactarse en formas que den una impresión falsa de seguridad al profano”, afirmó van Harten.¹⁸¹

interpretarse” como el compromiso de los países de “no cambiar su marco jurídico y regulatorio, incluido de manera que pueda afectar negativamente la actividad de inversiones o las ganancias previstas del inversor”.¹⁷⁸

Al estudiar el texto con más detenimiento, se advierte que es engañoso y brinda un sentido falso de seguridad:

1. La cuestión clave en los procedimientos del TCE no es si los Estados tienen derecho a regular. Lo tienen. Varios tribunales del TCE lo han confirmado. La cuestión clave es si al regular los Estados infringen los derechos del inversor en virtud del TCE. Dicho de otro modo: los Estados tienen libertad de regular del modo que deseen, pero en algún momento pueden verse obligados a pagar miles de millones en dinero de los contribuyentes si un tribunal concluye que una nueva ley trata “injustamente” a un inversor. En uno de los casos que España perdió, por ejemplo, el tribunal confirmó que “el Estado tiene derecho a regular y los inversores deben prever que la legislación cambiará”. Pero de todos modos, el tribunal falló que España había violado el TCE al “alterar radicalmente” su programa de apoyo a la energía renovable: España “sobrepasó los límites” y “violó la obligación de otorgar un trato justo y equitativo...cuando el sistema regulatorio anterior fue reemplazado definitivamente por un

Afirmación 13



Modernizar el TCE contribuirá a adaptar el tratado a la política de inversiones de la Unión Europea!



Realidad

El proceso de modernización del TCE, aunque resulte exitoso, no alterará el mecanismo de arbitraje en materia de inversiones antiguo y sesgado que hasta la Unión Europea ha calificado de "obsoleto".

Según la Comisión Europea, "las disposiciones de protección de inversiones del TCE no se han actualizado desde la década de 1990 y ahora son anticuadas en comparación con las nuevas normas del enfoque reformado de la UE sobre política de inversión".¹⁸⁵ Sin embargo, la modernización del TCE no resolverá este problema:

1. No está claro si el tema se discutirá como parte del proceso de reforma: El mecanismo de solución de diferencias del TCE no está en la lista de temas acordados para las negociaciones.¹⁸⁶ Cuando la UE propuso incluirlo, otros países pusieron reparos.¹⁸⁷ Como están las cosas, **el mecanismo de arbitraje del TCE no se discutirá y menos aún se modificará.**

2. Incluso si otros miembros del TCE accedieran a discutir el asunto, **la propuesta de negociación de la UE es menos ambiciosa que su modelo actual sobre solución de disputas inversor-Estado.** En todos los acuerdos que concluyó recientemente, la UE insistió en adoptar un sistema en que las partes de la disputa ya no puedan elegir a los árbitros que deciden los casos, sino que estos se elegirán de una lista de personas preseleccionadas. También se creó un mecanismo que permite a los inversores y a los Estados apelar una decisión. Sin embargo, estos aspectos centrales del nuevo enfoque de la UE (que, por lo demás mantiene la mayoría de las deficiencias del sistema de arbitraje de inversiones¹⁸⁸) no figuran en su propuesta de reforma del TCE. De modo que aún si se aprobaran las propuestas de la UE, los mismos árbitros que buscan el lucro administrarían los procedimientos y decidirían sobre el pago de las indemnizaciones sin que haya posibilidad de apelación.

“Modernizar la parte sobre protección de las inversiones del TCE (incluido el arreglo de diferencias) sigue siendo una prioridad de la UE.”

Comisión Europea¹⁸²

“Nuestro objetivo es adaptar este tratado a las normas modernas de protección de inversiones, es decir, no solo las normas fundamentales, sino también los aspectos de la solución de diferencias.”

Carlo Pettinato, Comisión Europea¹⁸³

“La UE ha promovido...un enfoque de reforma a la solución de diferencias en materia de inversiones... El sistema de tribunales de inversiones es un órgano judicial institucionalizado... que reemplaza al antiguo modelo de tribunales arbitrales establecidos ad hoc para disputas específicas... La UE participa en un proceso de modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) que incluye ajustar...el mecanismo de solución de diferencias al enfoque modernizado de la UE.”

Comisión Europea¹⁸⁴

3. A través de las negociaciones de modernización, la UE está intentando ganar la aceptación de los miembros del TCE para resolver las diferencias en materia de inversión en un **tribunal multilateral de inversiones** hipotético. Este es un proyecto que se está negociando en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y **podría demorar años en establecerse**.¹⁸⁹ Si bien la propuesta del tribunal recibió muchas críticas de la sociedad civil¹⁹⁰, de crearse el tribunal, es muy improbable que todos los miembros del TCE participen en él.

Esto significa que en el futuro cercano, la interpretación del TCE y las decisiones acerca de si los Estados deben pagar una indemnización y de qué monto, quedarán libradas a los mismos árbitros que en el pasado se han mostrado favorables a recompensar a los inversores. Estudios han demostrado que los árbitros de inversiones han interpretado los derechos de los inversores, términos imprecisos como trato justo y equitativo, de manera muy amplia en detrimento de la capacidad de los Gobiernos de regular en aras del interés público¹⁹¹. No hay motivo para pensar que esto no sucedería si se reformara el TCE.

Afirmación 14



Abandonar el TCE no es una opción, ya que los países que se retiran pueden ser objeto de demandas durante 20 años más, por lo tanto es mejor no retirarse!



Realidad

Al retirarse del TCE, ya sea a título individual o en forma conjunta, los países pueden disminuir considerablemente el riesgo de enfrentar nuevas demandas de inversores, lo cual es preferible a esperar los resultados de un proceso de modernización que probablemente fracase.

Es cierto que el TCE contiene una "cláusula de extinción" (artículo 47, apartado 3), que establece que los privilegios de inversor en virtud del TCE continuarán siendo de aplicación durante un período de 20 años a partir de la fecha en que el país decide retirarse del tratado. Este tipo de cláusula restrictiva destaca el modo en que el TCE limita la toma de decisiones.

Sin embargo, **a pesar de la cláusula de supervivencia, la retirada reduce significativamente el riesgo de un país de recibir demandas** en virtud del TCE, debido a que la cláusula se aplica únicamente a inversiones realizadas antes de que el gobierno se retire del tratado. No es posible entablar nuevas demandas en virtud del TCE respecto de inversiones realizadas después de la fecha de retirada de un país. Por ejemplo, Italia, que decidió retirarse del tratado en 2016, sigue recibiendo demandas en virtud del TCE, pero únicamente los inversores que estaban en el país en 2016 tienen esa opción.

“Una retirada unilateral del tratado para evitar el pago de indemnizaciones no tiene sentido.”

Andrei V. Belyi, ex miembro de la Secretaría del TCE¹⁹²

“Tenemos el TCE tal cual está. Tenemos una cláusula de extinción de 20 años. Incluso si nos retiráramos hoy porque no nos gusta el tratado, en virtud de las normas actuales, seguimos estando obligados con respecto a los inversores durante 20 años más... No queremos eso. Queremos cambiarlo, queremos reformarlo.”

Carlo Pettinato, Comisión Europea¹⁹³

Retirarse del TCE no es difícil. Un país puede retirarse del TCE en cualquier momento después de haber cumplido cinco años de adhesión al tratado simplemente notificándolo por escrito. Esto se aplica a todos excepto dos¹⁹⁴ de los más de 50 miembros del tratado, incluida la UE y sus Estados miembros. Podrían retirarse del TCE ahora mismo y ser parte de una tendencia mundial. Según datos de las Naciones Unidas, 2019 fue el segundo año en que se cancelaron más tratados de inversión perjudiciales y obsoletos de los que se concluyeron.¹⁹⁵

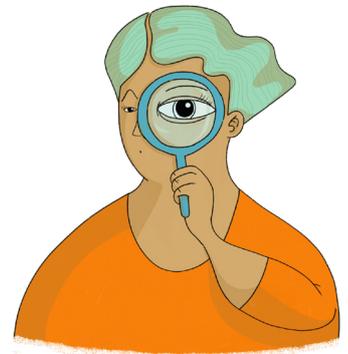
Si varios países se retiran al mismo tiempo, pueden limitar aún más la eficacia de la cláusula de supervivencia. Los países que desean abandonar el TCE podrían alcanzar un acuerdo entre sí. Podrían declarar que la cláusula de supervivencia no los afecte antes de retirarse conjuntamente del TCE. Una declaración de este tipo dificultaría que inversores de países que firmaron ese acuerdo demanden a otros países signatarios. Esto no es descabellado. Los Estados miembros de la UE ya alcanzaron un acuerdo de este tipo en mayo de 2020 con respecto a alrededor de 130 tratados bilaterales de inversiones que firmaron entre sí.¹⁹⁶ Si los Estados miembros de la UE adoptaran una medida similar con respecto al TCE, la mayoría de los casos en virtud del tratado (actualmente 66 % de todos los casos fueron entablados por inversores de la UE contra Estados miembros del bloque¹⁹⁷) quedarían sin efecto.

Dos grupos del Parlamento Europeo ya han exigido que la UE se retire del TCE¹⁹⁸. En noviembre de 2020, más de 280 parlamentarios de diferentes países de la UE y diversos partidos políticos instaron a los Estados miembros de la UE a que “exploren vías para retirarse conjuntamente del TCE a finales de 2020” si no se eliminan las disposiciones que protegen a los combustibles fósiles de las negociaciones para modernizar el tratado.¹⁹⁹ Dado que es probable que estas negociaciones fracasen debido a las grandes discrepancias entre Estados miembros y probablemente no produzcan ningún resultado que cambie los problemas profundos de TCE (véase la afirmación 11), los países deberían considerar retirarse del TCE inmediatamente. Habida cuenta de la urgencia de combatir el cambio climático y acelerar la transición energética, no hay tiempo que perder.

Afirmación 15



No podemos abandonar el TCE porque debemos defender el multilateralismo!



Realidad

El multilateralismo debe servir a las personas y al planeta. Los privilegios de inversor establecidos en el TCE encarnan una forma de multilateralismo que solo está al servicio de los fines de lucro de las empresas. Cada vez más países se están retirando de tratados de inversión perjudiciales, como el TCE, para allanar el camino hacia un internacionalismo progresista.

El mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados, incluido en el TCE, es **extremadamente polémico entre juristas, Gobiernos, el poder judicial y otros sectores de**

“Retirarse del tratado... implicaría un cambio de orientación geopolítica aún mayor de los regímenes multilaterales hacia un orden mundial basado en el unilateralismo y el proteccionismo.”

Andrei V. Belyi, ex miembro de la Secretaría del TCE²⁰⁰

la sociedad civil de todo el mundo. Es un sistema de justicia paralelo para los ricos, que otorga un trato más favorable a algunos de los actores más ricos de la sociedad. Infringe los principios clave del derecho internacional (como la norma de agotar los recursos jurídicos internos) y amenaza con obstaculizar otros sistemas jurídicos y tratados, entre ellos el Acuerdo de París. Un grupo de relatores especiales de las Naciones Unidas afirmó que la solución de diferencias entre inversores y Estados es “incompatible con las normas internacionales de derechos humanos y el Estado de derecho”.²⁰¹

Es por este y otros motivos que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), una de las principales organizaciones internacionales en este ámbito, que cuenta con 195 países miembros, considera que retirarse de tratados del tipo del TCE es una opción legítima de reforma para lograr un orden internacional más sostenible.²⁰² Según datos de la UNCTAD, 2019 fue el segundo año en que se anularon más tratados de inversión perjudiciales y anticuados de los que se concluyeron.²⁰³

Muchos Estados que se han retirado de tratados son de los más comprometidos en reformar el derecho internacional en materia de inversiones, incluido en foros multilaterales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).²⁰⁴ Sudáfrica y Ecuador, que han rescindido varios tratados de inversión obsoletos, han comenzado negociaciones para un acuerdo internacional sobre empresas y derechos humanos.²⁰⁵ Hasta el momento, lejos de volverse aislacionistas, estos países promueven un **multilateralismo progresista basado en el desarrollo sostenible.**

De modo similar, retirarse del TCE podría abrir el espacio político a tratados internacionales que realmente promuevan la transición energética y alivien la pobreza energética. Como ha afirmado el ministro de Energía de Luxemburgo, Claude Turmes, acerca del TCE: “Este tratado se opone fundamentalmente a la protección del clima. Es necesario someterlo a una reforma profunda. De lo contrario, como europeos debemos alcanzar un acuerdo nuevo con otros que tomen en serio la protección del clima y retirarnos del TCE”.²⁰⁶

ARGUMENTOS QUE REFUTAN LAS AFIRMACIONES DE QUE ADHERIRSE AL TCE SERÍA BENEFICIOSO PARA PAÍSES DEL SUR GLOBAL



Afirmación 16

El TCE brinda acceso a servicios de energía modernos y reduce la pobreza energética!



Realidad

Si bien no hay pruebas de que el TCE atraerá inversiones adicionales, los futuros Estados miembros del TCE corren el riesgo de afrontar demandas costosas en tribunales de arbitraje privados durante decenios y varias limitaciones en cuanto a revertir privatizaciones o regular los precios de la energía.

Según estudios, no se ha comprobado la afirmación de que tratados de inversión como el TCE aumentan la inversión en un país (véase también la afirmación 1).²¹⁰ Por lo tanto, para los países que desean aumentar la inversión en el sector de la energía, convertirse en miembros del TCE probablemente no genere ningún beneficio. Del mismo modo, no hay pruebas de que adherirse al TCE haya disminuido la pobreza energética.

Sin embargo, las desventajas del TCE son muy claras y especialmente graves para países del Sur global:

1. Los países que se adhieren al TCE corren el riesgo de afrontar un aluvión de demandas muy costosas por parte de inversores extranjeros. El TCE ya es el tratado más utilizado en el mundo para arbitrajes en materia de inversión, y los inversores de países miembros del TCE son los principales usuarios del sistema. Un 60 % de las demandas conocidas entre inversores y Estados a escala mundial fueron iniciadas por inversores cuyo Estado de origen es miembro del TCE, en su gran mayoría países de la Unión Europea.²¹¹ Al mismo tiempo, no hay una sola demanda conocida en materia de inversiones iniciada por un inversor cuyo Estado anfitrión sea un país de bajos ingresos²¹².

2. El TCE de hecho restringe la capacidad de los Gobiernos para combatir la pobreza energética. Varios países de Europa Oriental ya han sido demandados en virtud del TCE por adoptar medidas para limitar las ganancias de las empresas de energía y disminuir los precios de la electricidad para los consumidores.²¹³ Esto es especialmente peligroso

“El mundo necesita más inversiones en energía. La creciente población mundial y el aumento del nivel de vida implicarán un aumento de la demanda mundial de energía... Es por ello que instrumentos como el Tratado sobre la Carta de la Energía son importantes.”

Annette Magnusson, secretaria general del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo²⁰⁷

“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.”

Folleto de la Secretaría del TCE²⁰⁸

“El tratado aumenta la seguridad de la oferta para los países importadores y la seguridad de la demanda para los exportadores. Es especialmente valioso para países que no se encuentran en las etapas más elevadas de desarrollo... Todos se vuelven parte de un marco regulatorio que puede utilizarse para suministrar energía a la población.”

Urban Rusnák, secretario general de la Carta de la Energía²⁰⁹

para los países de bajos ingresos, donde hasta un aumento mínimo de los precios de la energía puede reducir el acceso a la energía y perjudicar a los usuarios.

3. En el marco del TCE **resulta mucho más difícil revertir privatizaciones que fracasaron** o ampliar la participación del sector público, como a menudo los Gobiernos deben hacer en el sector de la energía. Muchas privatizaciones en ese sector han redundado en un aumento de los precios para los consumidores, el empeoramiento del servicio, la inversión insuficiente en infraestructura y el despido de trabajadores. Sin embargo, revertir privatizaciones que han fracasado en el sector de la energía puede provocar demandas entre inversores y Estados en virtud del TCE, como ocurrió en Albania, que tuvo que pagar 100 millones de euros para llegar a un acuerdo en un caso de ese tipo.²¹⁴

4. El TCE podría **restringir considerablemente la soberanía de los Estados** para regular inversiones en el sector de la energía con el fin de que contribuyan al desarrollo nacional. En virtud del TCE, las grandes empresas de energía pueden demandar a Gobiernos si estos deciden gravar con impuestos las ganancias imprevistas, obligar a las empresas a contratar trabajadores locales, transferir tecnología, procesar materia prima antes de exportarla o incluso proteger los recursos naturales, entre otros.

5. Como se observó en la afirmación 14, cuando los Estados se adhieren al TCE, **los derechos de los inversores permanecen vigentes durante al menos 26 años**. Los países corren el riesgo de quedarse obligados por un tratado que les da muy poco espacio para regular su sector energético y los expone a demandas de algunos de los inversores más contenciosos del mundo.

Afirmación 17



Adherirse al TCE permite a los países influir en cuestiones de energía a escala mundial!



Realidad

El TCE tiene alcance geográfico limitado y está dominado por los intereses de combustibles fósiles de Occidente y por abogados interesados en demandas costosas contra Estados en virtud del TCE. No es un foro adecuado en el que abordar cuestiones sobre energía sostenible para países del Sur global.

La Carta de la Energía se presenta como un foro principal para discutir y resolver cuestiones relativas a la energía en el siglo XXI. Pero un examen más detallado muestra que es un foro inadecuado para los países del Sur global que desean cooperar para resolver sus problemas energéticos:

1. La adhesión al TCE está limitada principalmente a países de Europa Occidental y Europa Oriental, así como también a algunos países de Asia Central. Cabe señalar que algunos de los actores más destacados del panorama energético internacional no forman parte del TCE (y la Carta Internacional de

“ La Conferencia de la Carta de la Energía (el principal órgano rector del TCE...) sienta las bases para el desarrollo de una cooperación energética significativa a nivel regional. ”

James Nyamongo, Kenya Pipeline Company, en un artículo titulado “What Kenya must join the Energy Charter Treaty”²¹⁵

la Energía conexas), como Estados Unidos, los países del Golfo, Canadá, Indonesia, Brasil y la India. **Hay otros foros más incluyentes y verdaderamente mundiales** donde se mantienen conversaciones sobre energía. Por ejemplo, la Agencia Internacional de Energías Renovables tiene una membresía mucho más amplia y se centra en apoyar el desarrollo de energías renovables, incluida la facilitación de las inversiones.

2. Los órganos asesores de la Carta de la Energía **están dominados por empresas multinacionales de la energía fósil y abogados de inversiones**. Muchas empresas que asesoran al personal del TCE ya han iniciado demandas de inversores contra sus Estados miembros, y los bufetes de abogados que forman parte del Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico son la élite del sector del arbitraje, es decir, abogados con un interés financiero en demandas costosas contra Estados en el marco del TCE.²¹⁶ No hay grupos asesores que representen otros intereses, especialmente los del Sur global (véase la sección 3 para más información).

3. Recientemente se reveló información sobre **el funcionamiento deficiente de la Secretaría que se encarga de administrar el TCE**. Un informe filtrado describió cómo la falta de reestructuración institucional está provocando “graves preocupaciones acerca de la calidad y cantidad de los productos de la secretaría” y advierte que el dinero público con el que se financia la secretaría “se está dilapidando y posiblemente utilizando en forma indebida”.²¹⁷ Parte del liderazgo del TCE está cuestionando la necesidad de dejar de utilizar combustibles fósiles y ha calificado a la transición energética como una “ideología”.²¹⁸

Afirmación 18



Es pretencioso que las ONG digan a los países que no deberían adherirse al TCE!



Realidad

“Pregunta: “Entonces, ¿por qué las ONG instan a los Gobiernos africanos a que no se adhieran al TCE?”

Respuesta: “No lo sé. No entiendo. Es el derecho soberano de todo país decidir qué tipo de inversiones desea tener. Si asumieron un compromiso para atraer inversiones en energía renovable, el tratado protegerá esas inversiones. Es por eso que hay mucho interés en el tratado en los países africanos y de todo el mundo [...]”.

Pregunta: “¿Es un poco pretencioso quizá decirles lo que deberían hacer?”

Respuesta: “Sí. Este es un grupo pequeño de ONG que sigue realizando las mismas afirmaciones infundadas que solamente les ayudan a estar en primera plana.”

Entrevista a Urban Rusnák, secretario general de la Carta de la Energía²¹⁹

La oposición a los tratados de inversión como el TCE es generalizada en todo el mundo.

No es cierto que las críticas al TCE provienen solamente de ONG. Existen **campañas contra los tratados de inversión en todos los continentes**. En junio de 2020, más de 600 sindicatos, organizaciones ambientalistas, de defensa de la salud y el desarrollo de 93 países instaron a los Gobiernos a que dejaran de firmar tratados que incluyen enormes privilegios para inversores y que se retiren de los que están vigentes. Grupos de la sociedad civil de la mayoría de los países candidatos a adherirse al TCE firmaron la carta.²²⁰

La **crítica al sistema de protección de inversiones va más allá de la sociedad civil**. Cientos de académicos de derecho y economía firmaron cartas en las que destacan los problemas del sistema.²²¹ Un grupo de relatores especiales afirmó que la solución de diferencias entre inversores y Estados es “incompatible con el derecho internacional en materia de derechos humanos y el Estado de derecho”.²²² Jueces y fiscales han planteado

preocupación acerca de otorgar derechos exclusivos y acceso a pseudo tribunales a inversores extranjeros, y han instado a legisladores a “reducir de forma significativa el recurso al arbitraje en el contexto de la protección de inversores internacionales”.²²³ Además, políticos de todo el espectro han expresado su oposición. En septiembre de 2020, por ejemplo, más de 280 parlamentarios de la UE y de diferentes partidos políticos instaron a los Estados miembros de la UE a que reformaran o abandonaran el TCE “obsoleto” porque es una grave amenaza al objetivo de neutralidad climática de Europa y, en sentido más amplio, a la aplicación del Acuerdo de París.²²⁴

A menudo las críticas provienen de los propios Gobiernos. Muchos países del Sur global ahora desconfían de los tratados de inversión después de haber sido ellos mismos objeto de cientos de demandas de inversor. Esto se ve reflejado en el hecho de que en 2019 y 2017 se rescindieron más tratados de inversión de los que se concluyeron.²²⁵ Algunos países africanos como Nigeria, Tanzania, Marruecos y Uganda, que ahora están considerando adherirse al TCE, concluyeron acuerdos de inversión o adoptaron modelos reformados que se alejan considerablemente del TCE.²²⁶ Esto refleja una tendencia en el continente en general, como informó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): “En África, varios instrumentos regionales adoptaron una actitud cautelosa hacia la solución de diferencias entre inversores y Estados y a menudo la han omitido”²²⁷.

Una explicación de la discrepancia entre cuestionar viejos tratados de inversión y adherirse al TCE podría ser la participación limitada de Ministerios de Economía y Finanzas con más experiencia en tratados de inversión y arbitraje. Como señaló un experto que trabaja estrechamente con Gobiernos del Sur global: “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 participar 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”²²⁸.

SEIS MOTIVOS PARA RETIRARSE DEL TCE O NUNCA ADHERIRSE A ÉL

Motivo 1: El TCE es el acuerdo de inversión más peligroso del mundo.

El arbitraje entre inversor y Estado en virtud del TCE no es un sistema justo o independiente para solucionar diferencias entre Estados e inversores. Ningún acuerdo del mundo ha provocado más demandas de inversores contra Estados que el TCE. Hasta ahora se han registrado 134 casos en virtud del ISDS y siguen aumentando. En las demandas del TCE, tribunales integrados por tres abogados particulares pueden obligar a Gobiernos a pagar miles de millones en dinero de los contribuyentes para indemnizar a las corporaciones por supuestas “ganancias futuras”, entre otras causales.

Motivo 1: El TCE socava la democracia y podría impedir la acción por el clima.

Es un instrumento para presionar a los responsables de la adopción de decisiones y para hacer que los Gobiernos paguen cuando intentan revertir la crisis climática mundial y proteger los intereses públicos. Es una amenaza específica a una transición que se necesita urgentemente para abandonar los combustibles fósiles y que requiere reglamentaciones ambiciosas que limitarán inevitablemente las ganancias de algunas de las principales empresas de gas, petróleo y carbón. El TCE ya se ha utilizado para atacar prohibiciones a proyectos de combustibles fósiles, restricciones ambientales a plantas termoeléctricas y la eliminación progresiva del carbón.

Motivo 2: El TCE limita la soberanía y el espacio de políticas para regular teniendo en cuenta el interés público, incluido para brindar energía a precios asequibles.

El TCE puede utilizarse para impedir todo tipo de regulación sobre inversiones en energía, incluidos los impuestos. También puede utilizarse para consolidar privatizaciones que fracasaron en el sector de la energía y obstaculizar intentos de regular los precios de la electricidad para que sea más asequible para todas las personas.

Motivo 3: 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 extranjera directa, y mucho menos en energías renovables.

Motivo 4: La modernización del TCE no resolverá sus defectos.

La modernización del TCE es un intento de relegitimar un tratado anticuado, peligroso y cada vez más controvertido. Incluso si los Gobiernos se ponen de acuerdo en modernizar el TCE, las propuestas que están actualmente sobre la mesa no lograrán adaptar al nuevo TCE al Acuerdo de París y obstaculizarán los esfuerzos de lograr un Pacto Verde Europeo.

Motivo 5: El TCE deja a los países atrapados por decenios.

Cuando un país se adhiere al TCE, queda atrapado en el tratado durante al menos 26 años, incluso si Gobiernos sucesivos deseen abandonarlo. Si bien los Gobiernos pueden retirarse del TCE cinco años después de haberse adherido, y su retirada entra en vigor un año más tarde, puede seguir siendo objeto de demandas durante 20 años más con respecto a inversiones efectuadas con anterioridad.

RECURSOS CLAVE

Para informes, videos y artículos periodísticos críticos del TCE, consulte:
<https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/recursos/>

Documentos oficiales y filtrados sobre el proceso de modernización del TCE

- Documentos de la Secretaría del TCE: <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>
- Propuesta de modernización de la UE (mayo de 2020): https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf
- Proyecto de negociación, primera ronda de negociaciones del 6 al 9 de julio de 2020: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/07/Negotiation-draft-ECT-modernisation.pdf>
- Propuesta de la UE sobre la definición de actividad económica (febrero 2021): https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf
-

Documentos sobre el proceso de expansión (política CONEXO)

- Política del TCE sobre la expansión del tratado (aprobada en 2012): <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201203.pdf>
- Panorama general de la Secretaría del TCE: <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/overview/>
- ¿Quién está financiando el proceso de expansión? Según un pedido de información de 2018 (<https://www.asktheeu.org/en/request/4272/response/13805/attach/7/main%20doc.pdf>), la UE financió actividades de difusión del TCE a través de fondos de desarrollo de “asistencia técnica”. Se denegó un pedido de seguimiento (https://www.asktheeu.org/en/request/meeting_reports_correspondence_w).
- Lista de embajadas que facilitan actividades de expansión: <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/energy-charter-liaison-embassies/>

Ideas para buscar información básica en caso de que su país ya sea miembro del TCE:

1 - Su país y el TCE: ¿Cuándo adhirió su país al tratado? ¿Quiénes son los principales actores involucrados? ¿Por qué su Gobierno tenía interés en adherirse? [Una buena introducción: <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>]

2 - Impacto del TCE en su país: ¿Cuántas veces ha sido demandado su país bajo el TCE? ¿Por cuánto dinero se demandó a su país? ¿Cuántas demandas perdió? ¿Quiénes fueron los inversores que demandaron y por qué? ¿Cuántas veces los inversores de su país demandaron a otros Gobiernos a través del TCE? [Aquí puede consultar la base de datos de casos del TCE: <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> y revisar la base de datos al final de esta página: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/>]

3 - Su país y el sector de la energía: ¿Cómo es el sector de la energía en su país? ¿Cuáles son las principales inversiones en energía actuales, previstas y más controvertidas de los miembros actuales del TCE? ¿Los principales inversores del sector de la energía provienen de países que son parte del TCE?

Ideas para buscar información básica en caso de que su país esté en el proceso de adherirse al TCE

1 - Su país y el proceso de adhesión al TCE: ¿En qué etapa del proceso se encuentra su país? [consúltense el siguiente cuadro <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/#section3> ¿Quiénes son los actores clave? ¿Cuáles son los intereses clave del Gobierno? ¿Cuáles son los intereses clave de otros Estados?

2 - Su país y el sector de la energía: ¿Cómo es el sector de la energía en su país? ¿Cuáles son las inversiones de energía actuales, previstas y más controvertidas de los actuales miembros del TCE?

3 - ¿Cuáles son los principales riesgos que corre su país si se adhiere al TCE? [Aquí puede consultar la experiencia actual de su país en relación con casos de arbitraje en materia de inversiones en general: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>]

4 - Su país y la protección actual de inversores en energía: ¿Cuáles son los tratados de inversión vigentes en su país? ¿Adherir al TCE cambiará algo en cuanto a la ampliación de la cobertura de la protección de las inversiones? [Consulte qué tratados de inversión ya están vigentes en su país: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>]

1 Países donde el TCE se aplica plenamente: 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, Jordania, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mongolia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistán y Yemen. Países en situaciones especiales: Belarús (que no ha ratificado el TCE, pero lo aplica en forma provisional), Italia (que se retiró del TCE en 2016, pero aún puede ser demandada en ciertas condiciones) y Rusia (que nunca ratificó el TCE y se retiró de su aplicación provisional en 2009, pero aun así, ha afrontado varias demandas).

2 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/sites/www.greenpeace.de/files/publications/icsid_case_regarding_the_vattenfall_coal-fired_power_plant_hamburg-moorburg.pdf.

3 Michael Baumüller (2020) Konzernklage kostet Bundesregierung Millionen an Verfahrenskosten, *Süddeutsche Zeitung*, 21 de septiembre, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/vattenfall-verfahrenskosten-akw-kruemmel-akw-brunsbuettel-1.5039608>

4 Para conocer más acerca de la controversia relacionada con la perforación de petróleo, véase el video Dirty Oil vs Beautiful Abruzzo, 25 de junio de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=OluzrHWzyx8&t=3s>.

5 Así lo indicó claramente el director ejecutivo de Rockhopper en esta presentación en video: 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.

6 Según el artículo 47, apartado 3 del TCE, si un país abandona el TCE, puede seguir siendo objeto de demandas durante 20 años más con respecto a inversiones efectuadas con anterioridad a su retirada.

7 Piwnica et Molinié (2018) Réponse du Conseil d'Etat à la demande d'accès aux documents sur la loi Hulot, 19 de julio. Publicado por el Consejo de Estado en el marco de un pedido de acceso a información de Amigos de la Tierra Francia, <https://www.amisdelaerre.org/wp-content/uploads/2018/08/loi-hulot-contributions-lobbies-au-conseil-etat.pdf>, 9-12.

8 Corporate Europe Observatory et al. (2019) La obstrucción de leyes sobre cambio climático con amenazas de ISDS: Vermilion contra Francia, junio, <https://10isdstories.org/cases/case5-es/>

9 Megan Darby (2020) 'Not appropriate': Uniper seeks compensation for Dutch coal phaseout, *Euractiv*, 22 de mayo, <https://www.euractiv.com/story/energy/news/not-appropriate-uniper-seeks-compensation-for-dutch-coal-phase-out/>.

10 Yamina Saheb (2019) It's time to scrap the Energy Charter Treaty, *Euractiv*, 30 de octubre, <https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/its-time-to-scrap-the-energy-charter-treaty/>. Carta abierta sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía firmada por 278 organizaciones, 9 de diciembre de 2019 <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/carta-abierta/>.

11 Comisión Europea (2019) Recomendación de decisión del Consejo por la que se autoriza el inicio de las negociaciones sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, 14 de mayo, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-231-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

12 Declaración sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, 9 de diciembre de 2020, <https://www.ecologistasenaccion.org/154755/miembros-del-parlamento-europeo-piden-abandonar-el-tratado-sobre-la-carta-de-la-energia/#declaracionTCE>

13 Lorenzo Parola et al. (2015) Italy's withdrawal from the Energy Charter Treaty: which consequences for foreign investors?, *Lexology*, 28 de abril, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=de8cd930-6049-4447-9756-f5c4ae9d9f51>

14 Carta Internacional de la Energía (2018) Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty, 29 de noviembre, <https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>.

15 Corporate Europe Observatory et al. (2020) Expansión silenciosa. ¿El tratado de protección de inversiones más peligroso del mundo tomará como rehén al sur global? https://www.tni.org/en/silent-expansion?content_language=es

16 Carta Internacional de la Energía (2020) Lista de casos, <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> y estadísticas, <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>, páginas consultadas el 9 de octubre de 2020. Los autores realizaron el cálculo a partir de la base de datos de casos del TCE a octubre de 2020. Para una versión actualizada de la base de datos, sírvase consultar el final de este sitio web: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/>

17 Estas cifras sobre los casos cerrados no incluye los procedimientos suspendidos.

18 Agencia Internacional de Energía (2017) Energy Access Outlook 2017. From Poverty to Prosperity, <https://www.iea.org/reports/energy-access-outlook-2017>, 13.

19 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.

20 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>.

21 El total de costos judiciales cubre los costos del tribunal (€8 440 000 o USD11 416 939, sobre la base del tipo de cambio a 14 de julio de 2014, la fecha del laudo), los costos legales de los demandantes (USD79 628 055,56 y GB£1 066 462,10 o USD1 823 870) y los costos legales de la parte demandada (USD27 000 000 para abogados y USD4 500 000 para peritos). Véase Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), laudo definitivo de 18 de julio de, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, sección XIII.

22 Carta Internacional de la Energía (2020) Staff, <https://www.energycharter.org/who-we-are/secretariat/staff/>.

23 Frédéric Simon (2019) Leaked report reveals 'misfunctioning' of Energy Charter Treaty amid EU reform calls, *Euractiv*, 7 de junio, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/leaked-report-reveals-misfunctioning-of-energy-charter-treaty-amid-eu-reform-calls/>.

24 Carta Internacional de la Energía (2020) Modernisation Group, <https://www.energycharter.org/who-we-are/subsidiary-bodies/modernisation-group/>

25 Carta Internacional de la Energía (2015) Consolidation, Expansion and Outreach, <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/overview/>.

26 Karel Beckman (2020) Interview with Urban Rusnák: A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement, *Borderlex*, 18 de junio, <https://borderlex.eu/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/>.

27 Maria Fanou (2020) Interviews with Our Editors: The Energy Charter Treaty: Discussing Modernisation and Challenges with Dr. Alejandro Carballo, General Counsel, Energy Charter Treaty Secretariat, *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de enero, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/04/interviews-with-our-editors-the-energy-charter-treaty-discussing-modernisation-and-challenges-with-dr-alejandro-carballo-general-counsel-energy-charter-treaty-secretariat/>.

28 Cara Dowling (2018) Discussing the Energy Charter Treaty – Q&A with Dr Urban Rusnák, Secretary-General, Energy Charter Treaty Secretariat, octubre de 2018, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/e04182e5/discussing-the-energy-charter-treaty--qa-with-dr-urban-rusnk-secretarygeneral-energy-charter-treaty>.

29 Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd. v The Republic of Kazakhstan (SCC Arbitration V (116/2010)) Final Award, 9 de diciembre de 2013, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/29_Stati/Final_Award.pdf.

30 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia MonAtom LLC (PCA Case No. 2011-09), Final Award, 2 de marzo de 2015 https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/30_Khan_Resources/Final_Award.pdf.

31 Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute, Energy Charter Dirty Secrets: ¿Quiénes se están beneficiando del TCE? <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/>

32 Los cálculos de los autores se basan en la base de datos de casos en el marco del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.

33 Nikos Lavranos (2020) Analysis: The EU's ECT modernisation proposals, *Borderlex*, 28 de mayo, <https://borderlex.eu/2020/05/28/analysis-the-eus-ect-modernisation-proposals>; Nikos Lavranos (2020) Analysis: The EU's pursuit of a greener Energy Charter Treaty, *Borderlex*, 17 de abril, <https://borderlex.eu/2020/04/17/analysis-the-eus-pursuit-of-a-greener-energy-charter-treaty/>.

- 34 Gloria M Alvarez et al. (2018) A Brief Reflection on: "One Treaty to Rule them All" Report, 1 de noviembre, <https://efila.org/wp-content/uploads/2018/11/A-brief-reflection.pdf>.
- 35 Carta Internacional de la Energía (2015) Legal Advisory Task Force, <https://www.energycharter.org/who-we-are/legal-advisory-task-force/>.
- 36 Carta Internacional de la Energía (2019) Legal Advisory Task Force - 2019, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/Weblist_LATF_MEMBERS_2017.pdf.
- 37 Carta Internacional de la Energía (2020) Composition of the Energy Charter Industry Advisory Panel, 19 de junio, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IAP/Composition_of_the_Energy_Charter_Industry_Advisory_Panel_19-06-2020.pdf.
- 38 Secretaría de la Carta de la Energía (2019) Report by the Chairman of the Industry Advisory Panel, 29 de diciembre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201915.pdf>, 3.
- 39 *Ibíd.*, 5-6.
- 40 Secretaría de la Carta de la Energía (2018) Report by the Chairman of the Industry Advisory Panel, 27 de noviembre, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201823_-_NOT_Report_by_the_Chairman_of_the_Industry_Advisory_Panel.pdf, 3.
- 41 *Ibíd.*, 3.
- 42 *Ibíd.*, 7.
- 43 Joe Lo (2020) Japan blocks green reform of major energy investment treaty, *Climate Change News*, 8 de septiembre <https://www.climatechangenews.com/2020/09/08/japan-blocks-green-reform-major-energy-investment-treaty/>.
- 44 Comisión Europea (2019) Energy Charter Treaty modernisation: European Commission presents draft negotiating directives, 14 de mayo, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>.
- 45 Parlamento Europeo (2020) Texto aprobado respecto de la Enmienda 143 a la Ley Europea del Clima, P9_TA-PROV(2020)0253, 8 de octubre, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0253_ES.pdf; Declaración sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, véase la nota 12.
- 46 Carta Internacional de la Energía (2015) Frequently Asked Question about the Energy Charter Process <https://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions/>.
- 47 Carta Internacional de la Energía (2015) Investment, <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/overview/>.
- 48 Joachim Pohl (2018) Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence, *OECD Working Papers on International Investment*, https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en, 30.
- 49 Josef C. Brada et al. (2020) Does Investor Protection Increase Foreign Direct Investment? A Meta-Analysis, *Journal of Economic Surveys*, <https://doi.org/10.1111/joes.12392>, 25.
- 50 Bloomberg New Energy Finance (2019) Climatescope 2019 Methodology, <https://global-climatescope.org/methodology>.
- 51 Ethan Zindler et al (2019) Climatescope Emerging Markets Outlook 2019, *Bloomberg New Energy Finance*, <http://global-climatescope.org/assets/data/reports/climatescope-2019-report-en.pdf>.
- 52 Xavier Carim (2015) International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, *South Centre Investment Policy Brief No. 4*, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf, 4.
- 53 Transnational Institute (2017) Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?, <https://www.tni.org/my/node/23530>.
- 54 Transnational Institute (2017) Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (CAITISA), <https://www.tni.org/es/colecci%C3%B3n/comision-para-la-auditoria-integral-ciudadana-de-los-tratados-de-proteccion-reciproca-de>.
- 55 UNCTAD (2019) Press Release: Foreign direct investment to Latin America and the Caribbean slides by 6%, 12 June, <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2117>.
- 56 Lauge Poulsen (2010) The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, in: Karl Sauvant (Ed.), *Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010*, 539-574.
- 57 Alexander Ryota Keeley y Yuichi Ikeda (2017) Determinants of foreign direct investment in wind energy in developing countries, *Journal of Cleaner Production* 161, 1451-1458, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0959652617310466>.
- 58 Carta Internacional de la Energía (2015) The Energy Charter Process, <https://www.energycharter.org/process/overview/>.
- 59 Carta Internacional de la Energía (2020) Annual Report 2019, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/AR/AR_2019.pdf, 6.
- 60 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-ids-get-us-there/>.
- 61 Letter of concern on ISDS by prominent academics, published in The Washington Post, 30 de abril de 2015, https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf.
- 62 Ni siquiera la Secretaría del TCE conoce todos los casos que se presentan y deciden en virtud del TCE. Por ejemplo, el sitio web de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), una sede frecuente para arbitrajes en el marco del TCE, enumera 30 casos del ISDS administrados en virtud de sus reglas. Las estadísticas de la Secretaría del TCE dan cuenta de tan solo 25 casos administrados en virtud de las normas de la SCC. En virtud de las normas del SCC, los casos del ISDS pueden mantenerse en secreto. Para estadísticas del SCC, véase: <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2019/>; para las estadísticas del TCE, véase la nota final 16.
- 63 Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute (2018) 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, capítulo 3.3 https://www.tni.org/files/publication-downloads/un_tratado_para_gobernarlos_a_todos.pdf.
- 64 Esto está en consonancia con las conclusiones de estudios que analizan el impacto de tratados de inversión en el Estado de derecho. Por ejemplo, Jonathan Bonnitcha concluyó que "los tratados de inversión no han tenido un impacto significativo - ni positivo ni negativo - en el sistema judicial de Myanmar." Véase: Jonathan Bonnitcha (2019) The Impact of Investment Treaties on Domestic Governance in Myanmar, 8 de noviembre, <https://ssrn.com/abstract=3644056>.
- 65 Tom Ginsburg (2005) International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance, *International Review of Law and Economics* 25, 107-123, <https://doi.org/10.1016/j.irl.2004.06.002>.
- 66 Los autores realizaron el cálculo a partir de la base de datos de casos del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.
- 67 Fallo de 6 de marzo de 2018, *Slowakische Republik v Achmea BV*, C284/16, ECLI:EU:C:2018:158 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=11741965>.
- 68 Thomas Wälde (2003) Legal opinion in the arbitration *Nykomb v. Latvia*, junio, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0985.pdf>, 39.
- 69 Andrei V. Belyi (2020) New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty, 1 de julio, <https://icds.ee/new-challenges-to-the-liberal-world-order-reassessing-controversies-surrounding-the-energy-charter-treaty/>.
- 70 Gloria M Alvarez et al. (2018), véase la nota 34.2.
- 71 BverfG (2016) Judgment of the First Senate of 06 December, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html.
- 72 Lauge N. Skovgaard Poulsen (2010) The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, 539-574.
- 73 Thomas Schultz y Cedric G. Dupont (2014) Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *The European Journal of International Law*, Vol. 25 no. 4, <http://ssrn.com/abstract=2399179>, <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf>.
- 74 Los autores realizaron el cálculo a partir de la base de datos de casos del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.
- 75 Emma Aisbett and Lauge Poulsen (2016) Relative Treatment of Aliens: Firm-level Evidence from Developing Countries, <https://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg.bsg.ox.ac.uk/files/GEG%20WP%20122%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf>.
- 76 *Ibíd.*

- 77 Secretaría del TCE (2020) Estadísticas de casos del TCE (a 9 de octubre de 2020), https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201009_Statistics_of_ECT_Cases_9_October.pdf, 9.
- 78 Cálculo propio a partir de estadísticas de la base de datos de casos en virtud del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16. Los números excluyen casos que se han suspendido (7 en total).
- 79 En 19 de los 22 casos entablados contra España en que hubo laudo, los árbitros fallaron a favor de los inversores. Véase el conjunto de datos de los autores con respecto a todos los casos en virtud del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.
- 80 Roda Verheyen (2012), véase la nota 2.
- 81 Liz Tout et al. (2013) The latest renewables claim: Abengoa's subsidiary launches investment treaty proceedings against Spain, *Lexology*, 29 de noviembre, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6b0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735>.
- 82 Corporate Europe Observatory et al. (2019) Blocking Climate Change Laws with ISDS Threats: Vermilion vs France, <https://10isdstories.org/cases/case5/>.
- 83 Petra Pinzler (2020) Warum der Kohleausstieg so teuer ist, *Zeit Online*, 3 de julio, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-07/kohleausstieg-energiewende-leag-rwe-entschaedigung-bundesregierung>.
- 84 Michael Nolan del bufete de abogados Milbank citado en: Chris Hamby (2016) The Billion Dollar Ultimatum, *BuzzFeed News*, 30 de agosto, <https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum>.
- 85 Secretaría del TCE (2020), véase la nota al final 77, 10-12.
- 86 George Kahale III (2019) Lecture at the IISD 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators, <https://d20qsji1r5k97qe.cloudfront.net/news-attachments/Lecture-IISD-12th-Annual-Forum-of-Developing-Country-Investment-Negotiators-Cartagena.PDF>, 10.
- 87 Los gastos reales de Khan, que fueron impugnados en el arbitraje, oscilaban entre los 16,7 millones de dólares y los 50 millones de dólares según el laudo: 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>, párrafo 409.
- 88 El tribunal del ISDS otorgó a Khan un total de más de 100 millones de dólares, pero posteriormente la empresa alcanzó un acuerdo con Mongolia por el pago de 70 millones de dólares. Véase Terrence Edwards (2016) UPDATE 1-Mongolia ends fight over \$100 million mining license arbitration, *Reuters*, 7 de marzo, <https://www.reuters.com/article/mongolia-khan-resources/update-1-mongolia-ends-fight-over-100-million-mining-license-arbitration-idUSL4N16F3QS>.
- 89 Secretaría del TCE (2020), véase la nota final 77, 10.
- 90 Toni Marzal (2020) We Need to Talk About Valuation in ISDS, *Verfassungsblog*, 5 de marzo, <https://verfassungsblog.de/we-need-to-talk-about-valuation-in-isd/>. Según una encuesta, el método descrito aquí para calcular indemnizaciones, el flujo de caja actualizado, es cada vez más utilizado en los tribunales arbitrales. Véase: PricewaterhouseCoopers (2017) International Arbitration damages research 2017 update, diciembre de 2017, <https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf>, 6.
- 91 Jonathan Bonnitcha and Sarah Brewin (2019) Compensation under Investment Treaties, IISD Best Practice Series, octubre de 2019, <https://www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>, 16.
- 92 Thomas Stauffer (1996) Valuation of Assets in International Takings, *17 Energy Law Journal* 459, https://www.eba-net.org/assets/1/6/5-Vol17_No2_1996_article_valuation.pdf, 479.
- 93 Caroline Simson (2019) Scrutiny Creeps In On Damages In Investment Arbitration, *Law360*, 12 de julio, disponible en: https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedfiles/content/news_and_events/news/2019-scrutiny-creeps-in-on-damages-investment-arbitration.pdf.
- 94 Megan Davis et al (2014) European court rules Russia must pay Yukos shareholders 1.9 billion euros, *Reuters*, 31 de julio, <https://www.reuters.com/article/uk-russia-yukos-echr/european-court-rules-russia-must-pay-yukos-shareholders-1-9-billion-euros-idUKKBN0G00Q20140731>.
- 95 Carta Internacional de la Energía (2020) Even more renewable energy investors rely on treaty protection: updated statistics of investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty, 12 de octubre, <https://www.energycharter.org/media/news/article/even-more-renewable-energy-investors-rely-on-treaty-protection-updated-statistics-of-investment-arb/>.
- 96 Secretaría del TCE (2020), véase la nota 77, 7.
- 97 Las estadísticas de la Secretaría de la Carta de la Energía sobre los casos presentados definen a una empresa grande como "La que figura en la lista de las 250 mejores empresas de energía del mundo (2019) o en la lista de la UNCTAD de las 100 empresas multinacionales más importantes del mundo, clasificadas en función de los activos extranjeros (2018). Véase: Secretaría del TCE (2020), nota final 77, 7. Los siguientes empresas demandantes en el marco del TCE figuran en la lista de Platts de las 250 empresas de energía más importantes del mundo (2019): AES (conocida por haber entablado dos demandas en virtud del TCE), Engie, EON, EDF (presentó dos demandas) y Veolia.
- 98 Vattenfall 'Who we are', <https://group.vattenfall.com/who-we-are>.
- 99 Moody's investor service (2019) Credit Opinion Electrabel SA, <https://www.engie.com/sites/default/files/assets/documents/2020-01/electrabel-sa-credit-opinion-22-may-2019.pdf>, 2.
- 100 Comisión Europea (sin fecha) What is an SME?, https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en.
- 101 German Association for Small and Medium-Sized Businesses (BVMW) and the Schöpflin Stiftung (2016) Is the current free-trade policy an opportunity for or threat to SMEs?, <https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstand/ttip-broschuere-schoepflin-stiftung-englisch.pdf>, 11.
- 102 Matthew Hodgson y Alastair Campbell (2017), véase la nota 20.
- 103 Secretaría del TCE (2020), véase la nota 77, 15.
- 104 Matthew Hodgson and Alastair Campbell (2017), véase la nota 20.
- 105 Comisión Europea, (2019). Los indicadores de justicia en la EU de 2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_19_2232/IP_19_2232_ES.pdf, 12.
- 106 Gus van Harten and 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/ Issue. 3 <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=olsrps>, 9.
- 107 *Ibid*, 1.
- 108 Comentario de Luke Erik Peterson 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-isd-misconceptions.html>.
- 109 Carta Internacional de la Energía (2015) Energy Charter welcomes the global agreement on climate change, <https://www.energycharter.org/media/news/article/energy-charter-welcomes-the-global-agreement-on-climate-change/>.
- 110 Gloria M Alvarez et al. (2018), véase la nota 34, 3.
- 111 Karel Beckman (2020), véase la nota 26.
- 112 Ethan Zindler et al. (2019), véase la nota 51, 52.
- 113 Kavaljit Singh and Burghard Ilge (2016) Introduction, in: Kavaljit Singh and Burghard Ilge (eds.) Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, https://www.bothends.org/uploaded_files/document/Rethinking_Bilateral_Investment_Treaties_Book.pdf.
- 114 *Ibid*.
- 115 Véase, por ejemplo: International Energy Agency (2020) World Energy Investment 2020, <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2020>.
- 116 The Creative Disrupters (2018) Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaption, Article 2.3, <http://stockholm-treatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>.
- 117 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Brauch (2019) Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition, *Transnational Dispute Management*, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/tv16-1-article08.pdf>. Véase también: The Creative Disrupters (2018), véase la nota 116.
- 118 Gloria M Alvarez et al. (2018), véase la nota 34, 2.
- 119 Karel Beckman (2020), véase la nota 26.
- 120 Carta Internacional de la Energía (2018) - 7º Seminario Internacional de la OPEP <https://www.energycharter.org/media/news/article/7th-opep-international-seminar/>.

- 121 Yamina Saheb (2019) The Energy Charter Treaty: Assessing its geopolitical, climate and financial impacts, OpenEXP, <https://www.openexp.eu/publications/energy-charter-treaty-assessing-its-geopolitical-climate-and-financial-impacts>, 9.
- 122 Cálculos propios basados en: International Energy Agency (2020) Data tables for World Energy Investment 2020; World, <https://iea.blob.core.windows.net/assets/05533a49-fa6b-4cf9-8362-180dad9493b1/WEI2019-Methodology-Annex.pdf>.
- 123 David Coady et al. (2019) Global Fossil Fuel Subsidies Remain Large: An Update Based on Country-Level Estimates, *IMF Working Paper WP/19/89*, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/05/02/Global-Fossil-Fuel-Subsidies-Remain-Large-An-Update-Based-on-Country-Level-Estimates-46509>.
- 124 Christopher McGlade and Paul Ekins (2015) The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 °C, *Nature* 517, 187-190, <https://www.nature.com/articles/nature14016>.
- 125 “El TCE y el mecanismo de solución de diferencias también pueden asegurar un cambio ordenado y una indemnización justa, cuando sea necesario, de las inversiones que tendrían que eliminarse progresivamente antes de lo previsto”. Citado en: Cara Dowling (2018), véase la nota 28.
- 126 Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Martin Brauch (2019), véase la nota 117, 11.
- 127 The Creative Disrupters (2018), véase la nota 116, artículo 2.5.
- 128 Andrei V. Belyi (2020), véase la nota 69.
- 129 Gloria M Alvarez et al. (2018), véase la nota 34, 2.
- 130 Andrey Konoplyanik (2020) EU climate change politics should not be based on deliberate mistakes, *Natural Gas World*, 16 de septiembre, <https://www.naturalgasworld.com/eu-climate-change-politics-should-not-be-based-on-deliberate-mistakes-81897>.
- 131 Lazard (2019) Levelized Cost of Energy and Levelized Cost of Storage 2019, <https://www.lazard.com/perspective/lcoe2019>.
- 132 Directiva (UE) 2018/2001 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, considerando (29), artículo 4.4 y artículo 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=es>.
- 133 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.pdf?dimension1=ds_energyatlas, 17.
- 134 Erneuerbare Energien (2016) Local added value from a community wind farm, 27 de junio, <https://www.erneuerbareenergien.de/archiv/local-added-value-from-a-community-wind-farm-150-437-96249.html>; Gottschalk et al (2016) Regionale Wertschöpfung in der Windindustrie am Beispiel Nordhessen, Institut dezentrale Energietechnologien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IVWL/Wetzell/Regionale_Wertsch%3CB6pfung_in_der_Windindustrie.pdf.
- 135 Véase, por ejemplo, el caso de Urgenda en los Países Bajos: <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>.
- 136 Paul H. Curnow et al. (2020) Renewable energy: protection of investments through arbitration, *Lexology*, 9 de marzo <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/renewable-energy-investments>.
- 137 Christopher Smith and Amy Roebuck Frey (2015) Not quite left out to dry: remedies under international investment treaties available to renewable energy investors harmed by retroactive legislative changes, *Lexology*, 5 de noviembre, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cea8f737-0722-4876-85d9-f98555e25835>.
- 138 Wojciech Sadowski (2013) International Investment Treaties as a Possible Shield Against Government Cutbacks in Subsidies for the Green Energy Sector, *JD Supra*, 10 de enero, <https://www.jdsupra.com/legalnews/international-investment-treaties-as-a-p-27058/>.
- 139 Kyla Tienhaara y Christian Downie (2018) Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes, *Global Governance* 24, 451-471, <https://doi.org/10.1163/19426720-02403009>, 458.
- 140 Tim Webb (2011) Spain's financial crisis claims another victim: the solar power industry, *The Guardian*, 30 de marzo <https://www.theguardian.com/world/2011/mar/30/new-europe-spain-solar-power>.
- 141 Tribunal Supremo STS 1/2014, 13 de enero de 2014, <http://www.poderjudicial.es/search/f&database=TS&reference=6931591&links=FOTOVOLTAICOS&optimize=20140117&publicinterface=true>.
- 142 Rosario Bonifasi (2020) Podemos llegar a una situación de colapso si no se electrifica la economía, *La Información*, 27 de julio, <https://www.lainformacion.com/empresas/anp-empresas-productores-fotovoltaicos-electrificacion-economia/2811320/>; Santiago Carcar (2019) Las elecciones acercan una solución para los 60.000 inversores en huertos solares, *La Información*, 30 de abril, <https://www.lainformacion.com/espana/elecciones-solucion-60-000-inversores-huertos-solares/6498712/>.
- 143 José Antonio Blanco (2018) La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica, 2 de octubre, <https://www.ccsabogados.com/la-distinta-aplicacion-del-derecho-interno-e-internacional-ante-las-reclamaciones-del-sector-de-las-renovables-por-la-reforma-electrica/>.
- 144 Tom Kucharz et al. (2019) España: Caso paradigmático de los arbitrajes de inversión en el sector de las energías, April 2019, https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect_study-anexo-espana.pdf.
- 145 *Ibíd.*
- 146 Por ejemplo, en los casos: OperaFund (caso del CIADI N° ARB/15/36), Foresight y otros (Caso del SCC N° 2015/150), Eiser (Caso del CIADI N° ARB/13/36), Masdar (Caso del CIADI N° ARB/14/1).
- 147 Tom Kucharz et al. (2019), véase la nota 144.
- 148 En 40 de los 47 casos el inversor que demandó a España era un inversor financiero. Cálculo propio a partir de estadísticas de la base de datos de casos del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.
- 149 *Ibíd.*
- 150 Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain (SCC Case No. 2013/153); Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain (SCC Case No. 062/2012).
- 151 Rafael Mendéz (2018) Luis Delso, expresidente de Isolux, condenado a seis meses por delito fiscal, *El Confidencial*, 28 de noviembre, https://www.elconfidencial.com/espana/2018-11-28/luis-delso-gomis-condena-fraude-fiscal-isolux_1670082/.
- 152 La Vanguardia (2019) El Tribunal de Justicia de Madrid absuelve a la excúpula de Isolux de fraude, *La Vanguardia*, 13 de junio <https://www.lavanguardia.com/vida/20190613/462851568907/el-tribunal-de-justicia-de-madrid-absuelve-a-la-excúpula-de-isolux-de-fraude.html>.
- 153 José María Olmo (2020) Una jueza imputa a la cúpula de Isolux por estafa y falsedad con 850 millones en bonos, *El Confidencial*, 27 de enero, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-01-27/imputar-isolux-cúpula-estafa-falsedad-emision-bonos_2428427/.
- 154 Deutsche Welle (2020) La Fiscalía española acusa a la ex cúpula de Isolux de sobornos en Argentina, 10 de junio <https://www.dw.com/es/la-fiscal%C3%ADa-espa%C3%B1ola-acusa-a-la-exc%C3%BApula-de-isolux-de-sobornos-en-argentina/a-53760256>.
- 155 La información sobre el monto del laudo solamente está disponible en 14 de los 19 casos presentados contra España que se decidieron a favor del inversor. El total de los 14 casos asciende a 1 089 040 000 euros. Cálculo propio a partir de estadísticas de la base de datos de casos del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.
- 156 Pablo Pérez-Salido (2019) Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations?, *Kluwer Arbitration Blog*, 30 de diciembre, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/>.
- 157 Sladjana Djunic (2019) Spain extends premium rates for renewables, sector welcomes decision, *Renewables Now*, 26 de noviembre, <https://renewablesnow.com/news/spain-extends-premium-rates-for-renewables-sector-welcomes-decision-677858/>.
- 158 Jason Deign (2019) Investors Still Waging War With Spain Over Retroactive Cuts, *Green Tech Media*, 4 de diciembre, <https://www.greentechmedia.com/articles/read/investors-still-waging-war-with-spain-over-retroactive-cuts>.
- 159 Santiago Carcar (2020) España registra más renuncias en los pleitos de las renovables tras Masdar, *La Información*, 21 de octubre, <https://www.lainformacion.com/empresas/espana-renuncias-pleitos-renovables/2818530/>.
- 160 Aceris Law (2019) Energy Charter Treaty: Current Status between EU States, 25 de junio, <https://www.acerislaw.com/energy-charter-treaty-current-status-between-eu-states/>.
- 161 Jan Kunstyr and Ondrej Svoboda (2020) ECT Modernisation Perspectives: Can the EU Make the ECT the Greenest Investment Treaty of them All?, *Kluwer Arbitration Blog*, 25 de julio de 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/25/ect-modernisation-perspectives-can-the-eu-make-the-ect-the-greenest-investment-treaty-of-them-all/>.

162 Karel Beckman (2020), véase la nota 26.

163 Secretaría de la Carta de la Energía (2019) Policy Options for Modernisation of the ECT, 6 de octubre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>.

164 Internal European Commission report on an “expert meeting – Investment Protection Standards under the ECT”, 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.

165 Consejo de Europa (2020) EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT), Leaked Working Document WK 11786/2020INIT, 26 de octubre, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/10/Commission-Proposal-Economic-Activity-and-Scope-ECT-October-26-2020-Scanned-Version1.pdf>.

166 Climate Action Network Europe and European Environmental Bureau (2020) Building a Paris Agreement Compatible (PAC) energy scenario, https://www.pac-scenarios.eu/fileadmin/user_upload/PAC_scenario_technical_summary_29jun20.pdf.

167 Comisión Europea (2020) Texto propuesto por la UE para modernizar el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf.

168 Consejo de Europa (2020), véase la nota 165.

169 Climate Action Network Europe et al. (2020) Press release: Leaked Commission plan fails to bring the Energy Charter Treaty in line with climate commitments, 28 de octubre, <https://www.caneurope.org/publications/press-releases/2029-leaked-commission-plan-fails-to-bring-the-energy-charter-treaty-in-line-with-climate-commitments>.

170 Urban Rusnák (2020) ECT Modernisation Perspectives: Modernisation of the Energy Charter: The Long Story Told Short, *Kluwer Arbitration Blog*, 21 de julio, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/21/ect-modernisation-perspectives-modernisation-of-the-energy-charter-the-long-story-told-short/>.

171 Carta Internacional de la Energía (2020) Public Communication on the Third Round of Negotiations, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201106_Modernisation_English.pdf.

172 Declaración sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, véase la nota 12.

173 Yamina Saheb (2020) Modernisation of the Energy Charter Treaty: A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers, *OpenExp*, enero de 2020, <https://www.openexp.eu/publications/modernisation-energy-charter-treaty-global-tragedy-high-cost-taxpayers>, 24.

174 Martin D. Brauch (2018) Tackling Climate Change Through Sustainable Investment: All in a Treaty?, 16 de agosto, <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/tackling-climate-change-through-sustainable-investment-all-in-a-treaty/>.

175 Consejo de Europa (2019) El Consejo aprueba unas directrices de negociación para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, comunicado de prensa, 15 de julio, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/>.

176 Deutscher Bundestag (2019) Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 11. November 2019 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, Drucksache 19/15250, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/152/1915250.pdf>, 39, traducción del alemán al inglés realizada por los autores.

177 Winston & Strawn (2020) EU Treaty Proposal Constricts Rights of Energy Investors, 18 de mayo, <https://www.winston.com/en/thought-leadership/eu-treaty-proposal-constricts-rights-of-energy-investors.html>.

178 Comisión Europea (2020), véase la nota 167, 10.

179 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. 362, 382, 458.

180 Comisión Europea (2020), véase la nota 167, 10.

181 Gus van Harten (2016) Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP, *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16/2016*, 17 de noviembre, <https://ssrn.com/abstract=2692122>.

182 Comisión Europea (2017) Impact Assessment Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution, Commission Staff Working Document SWD (2017) 302 final, 13 de septiembre, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=LV>.

183 Carlo Pettinato en: Volterra Fietta (2020) seminario virtual: The Energy Charter Treaty: is it still fit for purpose and how could it be improved?, <https://www.voltterrafietta.com/upcoming-virtual-seminar-the-energy-charter-treaty-is-it-still-fit-for-purpose-and-how-could-it-be-improved/>, a partir del minuto 9:50.

184 Comisión Europea (2020) Investment Disputes, https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/investment-disputes/#_policy.

185 Comisión Europea (2020) La Comisión presenta la propuesta de la UE para modernizar el Tratado sobre la Carta de la Energía, 27 de mayo <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>.

186 Carta Internacional de la Energía (2018), véase la nota 14.

187 Carta Internacional de la Energía (2020), Public communication on the second negotiation round on the modernisation of the Energy Charter Treaty, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/2020.09_Public_Communication_on_the_second_negotiation_round.pdf.

188 Véase, por ejemplo: Corporate Europe Observatory et al. (2016) The zombie ISDS: Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die, *March*, <https://corporateeurope.org/en/international-trade/2016/02/zombie-isds>.

189 La Comisión Europea recientemente estimó que se necesitarían otros 10 años de negociaciones sobre la propuesta del tribunal multilateral de inversiones.

190 Véase, por ejemplo: Seattle to Brussels Network et al. (2017) A World Court for Corporations, <https://www.tni.org/en/publication/a-world-court-for-corporations>.

191 Gus van Harten (2016) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two), *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920.

192 Andrei Belyi (2020) The Energy Charter Treaty needs updating, but remains a valuable tool for the transition, *Energy Post*, 24 de septiembre, <https://energypost.eu/the-energy-charter-treaty-needs-updating-but-remains-a-valuable-tool-for-the-transition/>.

193 Brussels Press Club TV (2019) The Energy Charter Treaty, grabación de un evento organizado por el TNI, CEO y Amigos de la Tierra Europa, 4 de septiembre, <https://www.youtube.com/watch?v=lq0MdyK2CdY>, minuto 23:00.

194 Las excepciones son Jordania y Yemen, donde el TCE no ha estado en vigor durante tiempo suficiente. Véase: <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>.

195 UNCTAD (2020) The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments, *IIA Issue Note*, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>, 2.

196 Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN).

197 Inversores de la UE han entablado demandas contra Estados miembros del bloque en 89 de 134 casos presentados en virtud del TCE. Cálculo propio a partir de estadísticas de la base de datos de casos del TCE hasta octubre de 2020 inclusive. Véase la nota 16.

198 Parlamento Europeo, Propuesta de resolución sobre el Pacto Verde Europeo B9-0040/2020 de 10 de enero de 2020 en nombre del Grupo Verts/ALE, artículo 142 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0040_ES.pdf y Parlamento Europeo, Propuesta de resolución sobre el Pacto Verde Europeo 9-0044/2020/REV de 10 de enero de 2020 en nombre de GUE/NGL Group, artículo 73 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0044_ES.pdf.

199 Declaración sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, véase la nota 12.

200 Andrei V. Belyi (2020), véase la nota 69.

201 Letter of 7 UN Special Rapporteurs and Independent Experts, 7 de marzo de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf, 1.

202 UNCTAD (2018) UNCTAD's reform package for the international investment regime, https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf, 92.

203 UNCTAD (2020), véase la nota 195.

204 Véase: UNCITRAL Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state.

- 205 Para un panorama general del proceso, véase: Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, Tratado Vinculante, <https://www.business-humanrights.org/es/temas-centrales/tratado-vinculante/>.
- 206 Citado de este video: ZDF Frontal 21 (2020) Schiedsgerichte gegen Klimaschutz, 8 de septiembre, https://www.youtube.com/watch?v=OJrp_5c0xs, minuto 8:09.
- 207 Annette Magnusson (2019) Opening Remarks at Energy Charter Treaty Forum, 20 de noviembre, https://sccinstitute.com/media/1415244/ect-forum-2019_annette-magnusson_opening-remarks.pdf.
- 208 Carta Internacional de la Energía (2015) Africa and the Energy Charter: the bountiful continent and the energy conundrum, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_And_Africa.pdf, 1.
- 209 Karel Beckman (2020), véase la nota 26.
- 210 Joachim Pohl (2018), véase la nota 48; Josef C. Brada et al. (2020), véase la nota 49.
- 211 Basado en cifras de la página Investment Dispute Settlement Navigator de la UNCTAD de diciembre de 2020. De las 1061 reclamaciones en virtud del ISDS conocidas hasta la fecha, 706 fueron iniciadas por inversores cuyo Estado anfitrión es un país miembro del TCE. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1000>.
- 212 Tim R Samples (2019) Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement, *American Business Law Journal*, Volume 56, Issue 1, 115-175 <https://doi.org/10.1111/ablj.12136>, 143.
- 213 Corporate Europe Observatory et al. (2020), véanse las notas 15 y 14.
- 214 *Ibid.*
- 215 James Nyamongo (2019) Why Kenya must join Energy Charter Treaty, *Business Daily Africa*, 9 de diciembre <https://www.businessdailyafrica.com/analysis/ideas/Why-Kenya-must-join-Energy-Charter-Treaty/4259414-5379548-k57kgz/index.html>.
- 216 Para una lista de miembros del panel asesor, véase: <https://www.energycharter.org/who-we-are/industry-advisory-panel/>. Los miembros del Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico se pueden consultar aquí: <https://www.energycharter.org/who-we-are/legal-advisory-task-force/>. Para un análisis de 2018 sobre la integración parcial de ambos grupos, véase: Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute (2018), véase la nota 63, capítulo 3.1.
- 217 Frédéric Simon (2019), véase la nota 23.
- 218 Véase el video: ZDF Frontal 21 (2020), véase la nota 206; especialmente la sección que comienza en el minuto 6:30.
- 219 Karel Beckman (2020), véase la nota 26.
- 220 Open letter to governments on ISDS and COVID-19, junio de 2020, <http://s2bnetwork.org/sign-the-pen-letter-to-governments-on-isds-and-covid-19/>.
- 221 Public Statement on the International Investment Regime, 31 de agosto de 2010, <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>; Nota legal sobre la protección de inversiones en el TTIP y el CETA, octubre de 2016, <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/nota-legal-sobre-la-proteccion-de-inversiones-en-el-ttip-y-el-ceta>; 230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) From NAFTA and Other Pacts, 25 de octubre de 2017, <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/2017%20Letter%20to%20Pres.pdf>.
- 222 Carta de 7 relatores especiales y expertos independientes de las Naciones Unidas, véase la nota 201, 1.
- 223 Deutscher Richterbund, 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 de 2016, https://www.drj.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf, traducción no oficial: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016_english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf.
- 224 Declaración sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, véase la nota 12.
- 225 UNCTAD (2020) Informe sobre las inversiones en el mundo 2020: La producción internacional después de la pandemia, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf, 106.
- 226 Christopher Kidanka (2018) Tanzania ends investment treaty with Netherlands, *The East African*, 6 de octubre, <https://www.theeastafrican.co.ke/business/Tanzania-ends-investment-treaty-with-Netherlands/2560-4794614-3ywb8l/index.html>; Both Ends (2018) Uganda terminates investment treaty, 31 de mayo, <http://annualreport.bothends.org/uganda-terminates-investment-treaty/>; 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/>.
- 227 UNCTAD (2019) Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking, *IIA Issue Note*, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf, 3.
- 228 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/>.

Todos los enlaces se consultaron por última vez el 14 de diciembre de 2020.

