

OCTUBRE 2021

Del sueño solar de España a la pesadilla Legal



Publicado por el Transnational Institute (TNI) Madrid/Ámsterdam, octubre de 2021

Última consulta de datos el 21 de septiembre de 2021

AUTORA: Lucía Bárcena

EDICIÓN: Álvaro Queiruga

DISEÑO: Karen Paalman

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

AGRADECIMIENTOS:

Cecilia Olivet, Luciana Ghiotto, Manuel Pérez Rocha, Rodrigo Iruzun, Luis Flores, Luis González-Reyes, Martin Dietrich Brauch, Pedro Martín, Javier Moreno y Marta García Pallarés por las conversaciones y por los valiosos comentarios que aportaron a los distintos borradores del texto.

Índice

Introducción	4
Una transición energética sostenible	5
La implantación de las energías renovables en España	7
El inicio de la burbuja solar	7
El fin del sueño solar y el inicio de las demandas de arbitraje de inversiones	8
Las primeras demandas de inversores extranjeros contra el Estado español	10
Los inversores ganan en la mayoría de los casos	11
Cada vez hay más dinero de los Estados y los contribuyentes en juego	12
Quiénes se están beneficiando del Tratado de la Carta de la Energía	15
El TCE: un paraíso para las empresas financieras, fondos de capital riesgo y vehículos de inversión	15
Un negocio lucrativo de los despachos de abogados	18
Cinco cosas que el Tratado de la Carta de la Energía permite y que es improbable que sucedieran en una instancia judicial ante jueces nacionales o ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)	20
Conclusiones y recomendaciones	24

Introducción

En los últimos 10 años el Estado español ha recibido más demandas de arbitraje de inversión que cualquier otro Estado. Con 50 casos en total, es hoy el tercero en el mundo con más demandas en tribunales arbitrales internacionales. Cada vez hay más dinero de las arcas del Estado en juego; no solo para pagar a los inversores las cantidades resultantes de los laudos, sino los costes de abogados y expertos, los gastos de administración del centro de arbitraje y los honorarios de los árbitros.

Todas las demandas contra el Estado español se acogen a un acuerdo internacional de comercio y de inversión llamado Tratado de la Carta de la Energía (TCE). Un acuerdo considerado anticuado según los principios actuales del derecho internacional de inversiones por los estándares de protección de inversores que prevé, y por no estar en línea con los objetivos del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).¹

El TCE prevé el recurso a los tribunales arbitrales internacionales como principal mecanismo de resolución de conflictos entre inversores y Estados, el cual ha dado lugar en los últimos años a un total de 142 demandas.² Muchas de las cuales las han iniciado inversores energéticos para demandar a países que han legislado o implementado medidas para paliar la crisis climática. Como es el caso del gigante energético RWE contra los Países Bajos por sus planes de eliminación del carbón para 2030.

El caso español es particular porque todas las demandas las inician inversores extranjeros atraídos por los incentivos generosos a las inversiones en energías renovables que el Gobierno español aprobó en 2007 y que revisó a la baja en los años siguientes. Pero esto no significa que las demandas por las renovables sean un argumento a favor del TCE, ni que este tratado vaya a promover la transición energética. Un examen detenido de las demandantes en el caso español muestra que casi la totalidad son inversores especulativos financieros o sociedades pantalla radicadas en Luxemburgo y Países Bajos, que poco o nada tienen que ver con una transición energética sostenible.

Más bien, los casos contra España ponen sobre la mesa algunos de los principales problemas del TCE, como la incertidumbre en torno a la interpretación de los estándares de protección a las inversiones, el trato privilegiado a los inversores en los tribunales de arbitraje y la posibilidad de aumentar la deuda pública o desviar recursos del Estado para pagar demandas millonarias a fondos especulativos por sus “expectativas legítimas”.

Resumen del Tratado de la Carta de la Energía y el ISDS

El TCE se aplica en 53 países desde Europa Occidental y Europa Oriental, a Asia Central y Japón, además de la Unión Europea en su conjunto.³ Es uno de los más de 2.500 tratados de protección de inversiones que incluyen el mecanismo de solución de disputas inversor-Estado (conocido como ISDS, por sus siglas en inglés). El ISDS permite a los inversores extranjeros, principalmente grandes empresas transnacionales y fondos de inversión, o pequeños inversores a costa de los fondos de litigios,⁴ demandar a los Estados si consideran que las leyes, las regulaciones, las decisiones judiciales u otras medidas del Estado violan las protecciones que tienen bajo el tratado.

El ISDS ha generado numerosas críticas desde el ámbito académico, profesional y de la sociedad civil, entre las que destacan:

- Los casos son normalmente decididos por tres árbitros, frecuentemente abogados, que ejercen la profesión desde el sector privado; muchos de ellos se organizan como un pequeño “club de élite”.⁵ Tanto es así, que muchos Estados ahora intentan nombrar árbitros fuera de este círculo.
- La falta de transparencia en los procedimientos arbitrales.⁶
- La ausencia de imparcialidad y de independencia de los árbitros.⁷
- Los laudos pueden ser ejecutados en cualquier parte del mundo.
- El costo de un arbitraje inversor-Estado es mayor que un juicio en cortes nacionales.⁸
- Es un sistema unilateral: el inversor es el único que puede iniciar una demanda.⁹
- Las víctimas de los abusos de las empresas transnacionales no disponen de ningún mecanismo como este para acceder a la justicia.

Una transición energética sostenible

Las visiones de la transición energética, y cómo podríamos llegar a ella, son muy variadas y dependen de quienes las imaginan.¹⁰ Pero cada vez más voces coinciden en que no es posible seguir creciendo de manera desacoplada del consumo material y energético.¹¹ Así, uno de los retos más importantes de esta transición radica en la necesidad urgente de cambiar nuestra matriz energética basada en combustibles fósiles a otra basada en energías renovables.

A pesar de los indiscutibles beneficios ambientales y sociales de la energía de fuente renovable (menos contaminación y la posibilidad de descentralizar su gestión), varios estudios científicos comienzan a valorar la necesidad de planificar de manera ordenada el desarrollo de las renovables porque, entre otros motivos, se prevé un importante aumento de la presión en la demanda de metales y minerales críticos -entre ellos cobalto, níquel y litio.¹² Un artículo publicado en la revista científica *Nature* concluye que en el 82 % de las nuevas minas previstas se extraerían materiales necesarios para el aprovechamiento de energía de fuentes renovables.¹³ Además, estos estudios revelan que las energías renovables usadas en la actualidad aún dependen de los combustibles fósiles para su construcción y funcionamiento.

En este sentido, una transición energética sostenible pasa necesariamente por aumentar significativamente la eficiencia en el consumo, potenciar las pequeñas y medianas instalaciones cercanas a los puntos de consumo (con escasa pérdida de energía por el transporte) y reutilizar materiales para la construcción de infraestructura, entre otras.¹⁴

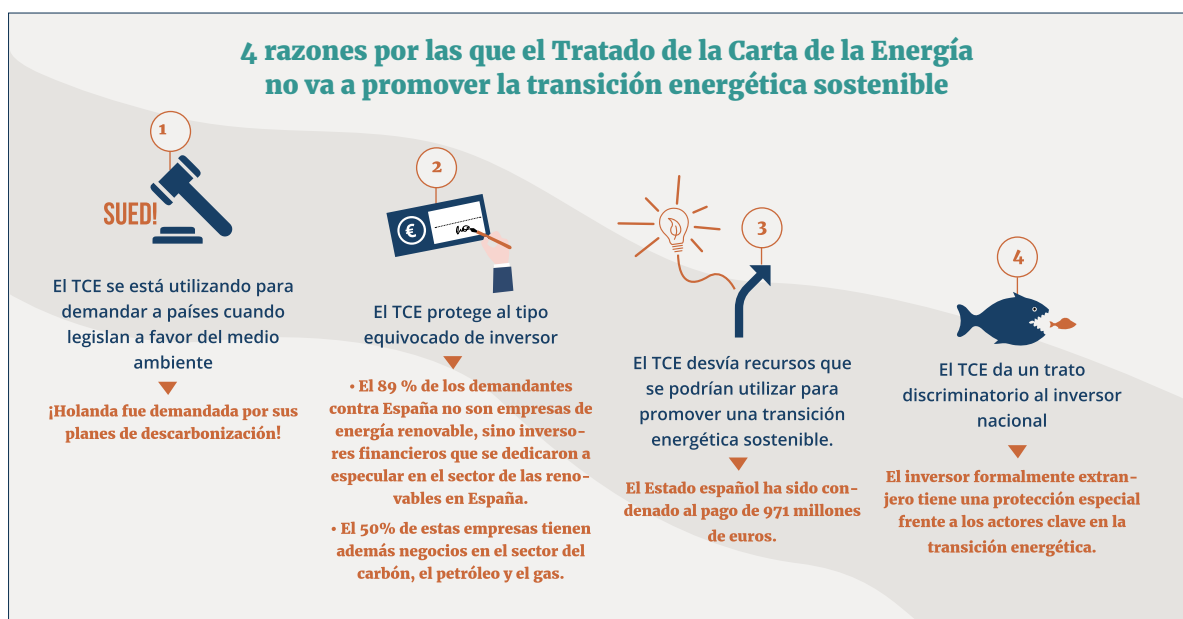
Sin embargo, una empresa financiera o un fondo de inversión, dentro del marco capitalista del sector energético, construirá todas las renovables que pueda e incentivará su consumo porque ese es su modelo de negocio. Esta lógica de mercado para la promoción de las renovables ha permitido que unos pocos inversores hayan ganado mucho dinero. De hecho, las grandes empresas energéticas basadas en combustibles fósiles ya están reduciendo sus inversiones en estos últimos y ampliando sus negocios al más lucrativo sector de las renovables. Más de la mitad de la gestión de la eólica y la solar operativa está en manos de Endesa, Iberdrola y Naturgy, y Repsol está dando pasos para salirse del ruinoso negocio fósil.¹⁵

Que la transición energética sea liderada por las mismas empresas que dictan las normas del mercado eléctrico podría llevar a cometer los mismos errores que condujeron a la actual catástrofe climática.¹⁶ Si tenemos en cuenta los casos contra España, observamos como el TCE está profundizando aún más esa lógica de cambiar de surtidor pero no de modelo.

Además, con el TCE cualquier gran empresa o fondo de inversión formalmente extranjero puede demandar al Estado por sus expectativas legítimas. Algo, que no pueden hacer las empresas españolas o pequeños inversores.

Así se benefician tanto el oligopolio eléctrico español, que reducen competidores y refuerzan su posición dominante en el mercado energético español, como los fondos de inversión internacionales, que adquieren una protección especial con el TCE.

Sin duda, las energías renovables tienen un papel fundamental en la transición energética, pero su implantación tiene que ser planificada y ordenada para garantizar el interés general y el cuidado del medio ambiente por encima del lucro de un grupo cada vez más reducido de empresas transnacionales.



La implantación de las energías renovables en España

En España y en otros países, el desarrollo de las energías renovables (y en particular del sector eléctrico) se relega cada vez más a la inversión privada, y se fomenta mediante un sistema de tarifas reguladas que se conoce como *feed-in tariffs*. Este modelo atrajo a todo tipo de inversores, incluyendo fondos internacionales puramente especulativos. Así, en los últimos años ha habido una avalancha de proyectos, fundamentalmente eólicos y fotovoltaicos sobre suelo, en la mayoría de los casos sin planificación y sin una correcta evaluación del impacto ambiental, en especial referida a la magnitud del conjunto de instalaciones.¹⁷

Este sistema de primas a las renovables provocó que se instalara una gran cantidad de potencia en poco tiempo, motivada por la alta rentabilidad, lo que algunos llamaron una “burbuja”¹⁸ especulativa de la energía fotovoltaica, de la cual experimentamos una segunda ola en la actualidad, tanto con energía solar como eólica.¹⁹

El inicio de la burbuja solar

La Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, del 27 de noviembre, creó un régimen jurídico para los productores de energías renovables, cogeneración y residuos: el llamado régimen especial. Se publicaron una serie de normas con el fin de fomentar el desarrollo de este tipo de instalaciones, de acuerdo con los diferentes planes de energías renovables existentes, que se basan en una serie de incentivos, primas o tarifas reguladas para que estas instalaciones rentabilizaran sus inversiones, superiores en aquel momento a las del resto de las tecnologías. Así, se publicó el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, modificado por el Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto, y posteriormente el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, que derogaba los dos anteriores.²⁰

Sin embargo, la energía solar fotovoltaica estaba muy lejos de cumplir con el objetivo marcado. En un intento de incentivar su instalación se publicó, tres años después, el Real Decreto 661/2007, del 25 de mayo,²¹ que, entre otras cosas, duplicó las primas y tarifas que recibiría la fotovoltaica.

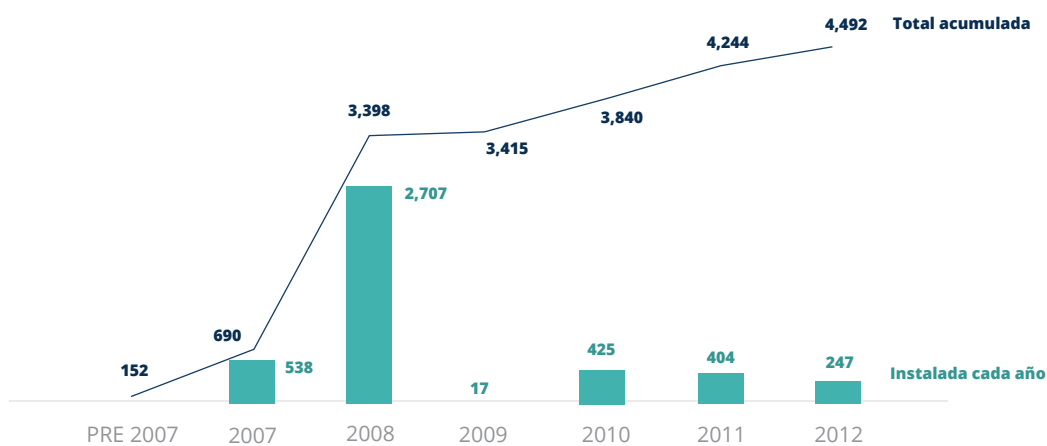
Las nuevas primas suponían un pago aproximadamente 10 veces superior por kWh producido por la fotovoltaica que el precio de mercado, de forma que las altas rentabilidades de estas inversiones, entre el 10 % y el 30 % anual, atrajeron capitales ávidos de encontrar un nicho de negocio seguro y muy rentable.

En apenas unos meses se consiguió superar el objetivo marcado en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 generándose una avalancha de proyectos en marcha que amenazaban con desestabilizar el balance de ingresos y gastos del sistema eléctrico puesto que, al fin y al cabo, los incentivos a la tarifa procedían de los consumidores. En septiembre de 2007 se anunció que en un año se procedería a revisar las tarifas, lo cual azuzó aún más la inversión. A este panorama se sumaba la crisis económica en ciernes, por lo que gran parte del capital se desvió del sector inmobiliario al de las energías renovables,²² donde las inversiones garantizaban unas tarifas estables durante

25 años. España se convirtió en el destino prioritario de la inmensa mayoría de los módulos fotovoltaicos que se fabricaban en el mundo, especialmente de China. Los cargamentos se vendían al mejor postor e incluso se rescindían compras, con el material en camino, pagando altas indemnizaciones, a cambio de su venta a un comprador que ofrecía un precio muy superior.

Entre mediados de 2007 y septiembre de 2008 se instalaron 3200 MW de paneles fotovoltaicos, casi ocho veces más que los 400 MW que el objetivo que el Plan de Energías Renovables 2005-2020 tenía para 2010.²³ Aunque haber logrado los objetivos repercutía positivamente en la reducción de emisiones de CO₂, el rápido incremento, según el Gobierno, contribuiría a la desestabilización del sistema tarifario, pues suponía un costo extra de aproximadamente 2000 millones de euros que,²⁴ tarde o temprano, iba a salir de la factura eléctrica.

Gráfico 1. Potencia fotovoltaica instalada



Fuente: El País, 3 de mayo de 2013

El fin del sueño solar y el inicio de las demandas de arbitraje de inversiones

El Gobierno español intentó corregir esta situación implantando más de una treintena de decretos que fueron limitando a su vez las primas que recibían las instalaciones del régimen especial.

El Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, estableció nuevos objetivos de potencia instalada anualmente y disminuyó la tarifa regulada. Entre los aspectos positivos del decreto se destaca que evita la especulación mediante la redefinición de la potencia de las instalaciones y la eliminación o reducción de la tarifa regulada para las grandes infraestructuras.²⁵

Las medidas más duras llegaron en 2012 con el recién elegido Gobierno del Partido Popular, que aprobó el Real Decreto-ley 1/2012, del 27 de enero, que paralizó el sistema de primas e incentivos, sustituyéndolo entre 2013 y 2014 por otro sistema totalmente diferente, por el que las instalaciones recibirían una rentabilidad razonable. Lo hizo mediante un nuevo Real Decreto-ley, el 9/2013, del 12 de julio; la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que derogó la antigua ley del año 1997; y el Real Decreto 413/2014, del 6 de junio, que desarrolló el nuevo sistema con una retribución específica para las instalaciones basadas en renovables, cogeneración y residuos, tanto para las nuevas como para las existentes.

Sin duda, estos cambios significaron un retroceso para la transición energética, así como menores beneficios económicos, en particular para los pequeños inversores. Pero estos grupos nacionales de inversores, pymes o cooperativas no tuvieron la posibilidad de acudir al arbitraje internacional. En este sentido, podemos afirmar que el TCE está pensado exclusivamente para que las grandes empresas o fondos de inversión puedan demandar al Estado. Se impide así que quienes podrían ser actores clave en la transición energética le disputen espacios de mercado a las grandes corporaciones y fondos de inversión transnacionales. Mientras las empresas del oligopolio eléctrico también ganan con el recorte a las renovables porque reducen competidores y refuerzan su posición dominante en el mercado energético español.

Las modificaciones en el régimen especial, que se aplicaban a todas las inversiones existentes en el marco normativo del sector eléctrico, trajeron una consecuencia inesperada para la administración pública: la cascada de demandas de inversores extranjeros contra el Estado español ante tribunales privados de arbitraje argumentando que el país había “violado” el Tratado de la Carta de la Energía.

Las primeras demandas de inversores extranjeros contra el Estado español

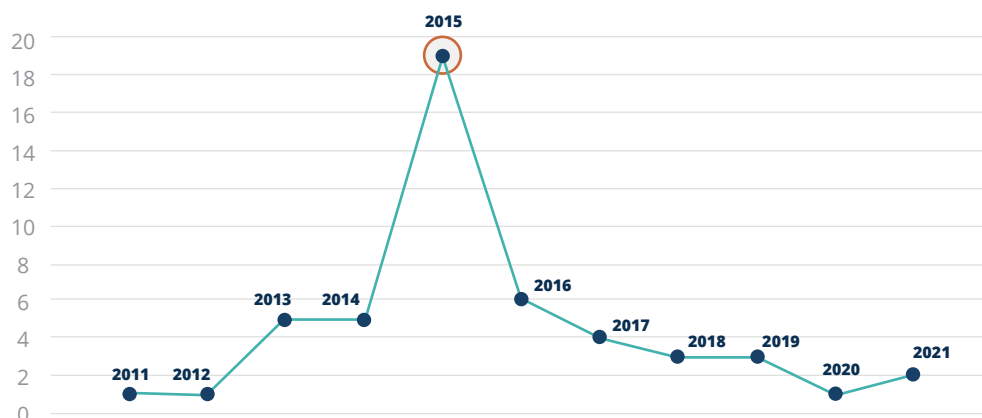
A día de hoy, de las 50 demandas conocidas, 23 se resolvieron, 19 de ellas a favor del inversor.¹ En un 83% de los casos el inversor gana, una cifra superior a la media global según el último informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).²⁶

Gráfico 1. Resultado de los casos concluidos, 2011-2021



En 2011 se registró la primera demanda, iniciada por un grupo de 26 inversores, PV Investors, siendo admitida a jurisdicción tres años más tarde en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Por primera vez, un tribunal arbitral afirmaba su competencia sobre los reclamos de que el Estado español había violado sus obligaciones bajo el TCE. Esta decisión dió inicio a los primeros arbitrajes, y en apenas dos años se registraron más demandas que contra cualquier otro Estado: solo en 2015 se iniciaron 19 casos (gráfico 2).²⁷ En poco tiempo, el Estado español pasó a los primeros puestos de países con más demandas de arbitraje de inversiones del planeta, solo superada por Argentina y Venezuela.

Gráfico 2. Demandas de arbitraje contra el Estado español por año, 2011-2021



1. Son 18 si restamos una de las demandas anulada por conflictos de interés con uno de sus árbitros (*Eiser v Spain*).

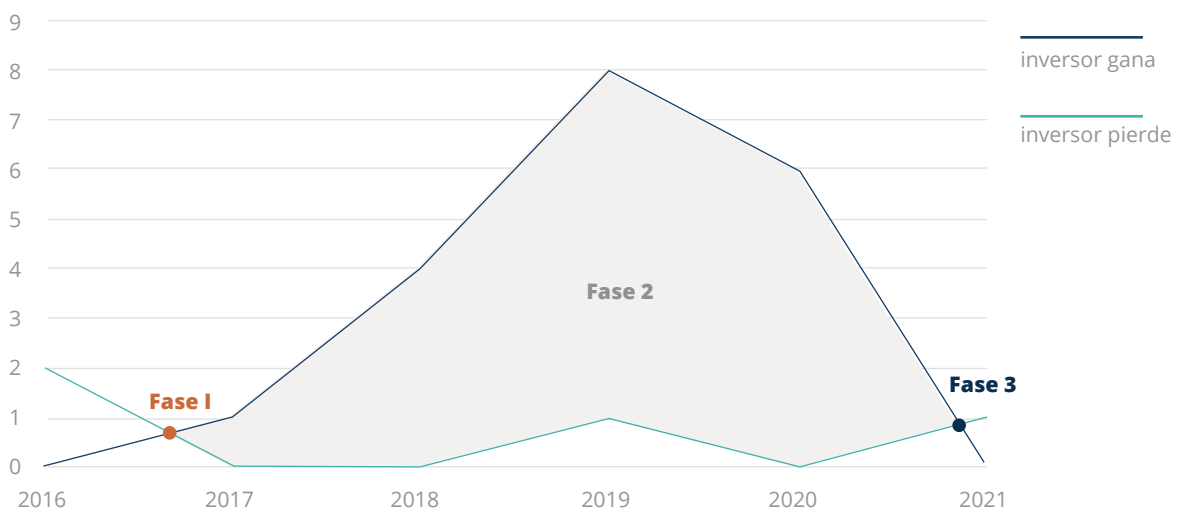
Los inversores ganan en la mayoría de los casos

Hay tres fases que describen los resultados de los laudos. En la primera fase los inversores pierden los dos primeros casos,²⁸ pero esta suerte cambia a partir de 2017 cuando el inversor gana en el caso Eiser, donde el tribunal acepta todas las reclamaciones y obliga al Estado a pagar una indemnización de 128 millones de euros. Aunque posteriormente otro tribunal anuló el laudo por conflicto de intereses de uno de los árbitros.²⁹

Así, la segunda fase comienza tras perder el caso Eiser, pues según fuentes del Gobierno, los tribunales tomaron como referencia el caso y el Estado empezó a perder de manera casi automática. Entre 2018-2020 la parte demandante ganó 18 de los casos.

La tercera fase es la más reciente, y reconoce que España tenía derecho a fijar que las primas a las renovables no fueran superiores a la rentabilidad razonable, pero se sigue condenando al Estado por considerar los daños asociados en parte de la vida útil de las plantas. Algunos árbitros aún opinan que los cambios en las primas fueron algo “desproporcionado, irrazonable e inesperado”.³⁰

Gráfico 3. Resultado de las demandas entre 2016-2021



En noviembre de 2019, el Gobierno aprobó un Real Decreto Ley para que los inversores extranjeros renunciaran a los arbitrajes en marcha al ofrecer a los fondos una rentabilidad mayor de 7,389 % respecto de sus inversiones.³¹ Lejos de cumplir el objetivo (apenas cuatro inversores se acogieron a la oferta del Gobierno) se han seguido registrando nuevas demandas. Un abogado de uno de los inversores que mantiene una demanda contra el Estado español afirmó que no merecía acogerse a los incentivos del Gobierno pues “representaba una suma insignificante, comparada a los montos que los inversores ganarían a través del litigio”.³²

En lo que va de 2021 se registraron dos nuevas demandas: la primera el 3 de agosto de 2021 por el inversor financiero Arclight Renewables, el mayor gestor de activos de parques solares en Europa, principalmente en España e Italia;³³ y la segunda el 20 de septiembre de 2021, por parte de un grupo de ocho inversores alemanes liderada por TS Villalba GmbH, que fueron expulsadas de otra demanda pendiente ante el CIADI conocida como Mathias Kruck y otros³⁴

Cada vez hay más dinero de los Estados y los contribuyentes en juego

Las reclamaciones de los inversores

Según el Gobierno de España, la cantidad total que reclaman los inversores extranjeros asciende a casi 10.000 millones de euros, aunque el Estado consiguió bajar a casi la mitad la reclamación inicial en los laudos, que de por sí suelen estar inflados.

De momento, el Estado español fue condenado a pagar 971 millones de euros en 17 casos por concepto de indemnización a los inversores, restando los casos de Eiser, anulado por conflictos de interés con uno de los árbitros, y el de Masdar, cuyos inversores renunciaron a cobrar el laudo. Y aunque el Gobierno defiende que no abonará casi ninguna indemnización a raíz de una sentencia europea que anula los casos intracomunitarios bajo el TCE, existen al menos nueve inversores que están acelerado la recaudación de 675 millones de euros en tribunales de Australia y Estados Unidos a raíz de laudos arbitrales favorables.³⁵

Los casos intracomunitarios bajo el TCE

El 91 % de las demandas en el marco del TCE contra España fueron interpuestas por inversores desde un Estado miembro de la Unión Europea (UE). Formalmente son inversores de la UE, ya que muchos son vehículos de inversión extra-UE con filiales en Luxemburgo u Holanda. El 2 de septiembre de 2021, una decisión del Tribunal de Justicia de la UE confirmó que los arbitrajes de inversión en el marco del TCE entre un inversor de la UE y un Estado miembro son incompatibles con el derecho de la Unión.³⁶ Esta decisión es vinculante para todos los jueces y tribunales de los Estados miembros y muestra que los arbitrajes contra España no tendrían que haberse iniciado. Sin embargo, los tribunales de arbitraje no están obligados por esta decisión, ya que el arbitraje de inversiones es un sistema paralelo y los árbitros no pertenecen al sistema judicial (p. ej., el español), al cual sí vincula la decisión del TJUE.

Aún está pendiente por ver cómo se pronuncian los árbitros con una sentencia más firme en los 26 casos pendientes, al momento de redactar este informe. De momento, han rechazado en todos los casos la Sentencia del TJUE del 6 de marzo de 2018 en el caso de la República Eslovaca contra Achmea que prohibía el arbitraje entre inversores de la UE y Estados de la UE.

Tabla 1. Total resuelto en los casos cerrados contra el Estado español³⁷

Casos	Total reclamado (millones de euros)	Total resuelto sin intereses (millones de euros)
9REN Holding v. Spain	52,2	41,76
BayWa r.e. v. Spain	61,9	22
Cube Infrastructure v. Spain	74,1	33,7
Greentech Energy System v. Spain	50	39
STEAG v. Spain	96,6	27,6
Hydro Energy 1 and Hydroxana v. Spain	133,1	pendiente
Novenergia v. Spain	61,3	53,3
OperaFund v. Spain	42,8	26,7
Cavalum SGPS v. Spain	59,2	pendiente
SoEs Badajoz v. Spain	95,8	40,9
Watkins Holdings v. Spain	123,9	77
InfraRed and others v. Spain	75,7	28,2
Masdar Solar v. Spain	260	El inversor renuncia al cobro
RWE Innogy v. Spain	273	28
NextEra v. Spain	393,6	290,6
Antin v. Spain	238	112
Eiser v. Spain	298	Caso anulado por el comité de anulación del CIADI
RREEF v. Spain	441	59,6 (algunos de los inversores renunciaron en parte)
The PV Investors v. Spain	1.160	91,1 (algunos de los inversores renunciaron en parte)
Total	7.218	971,6

Lo que el Estado español ya ha pagado de gastos derivados del arbitraje

Al reclamo total del inversor hay que sumar los costes propios del arbitraje de inversor-Estado, esto incluye los honorarios de los árbitros, los gastos administrativos del centro de arreglo de las disputas (como puede ser el CIADI del Banco Mundial o la Corte de Arbitraje de Estocolmo) y otros gastos del tribunal. Utilizando la información disponible en 19 de los casos cerrados contra el Estado español, se calcula un total de 10,3 millones de euros en gastos de arbitraje.³⁸

Existen otros costos asociados al arbitraje, como los gastos de defensa legal (abogados y contratación de expertos), que en promedio le cuestan 1,5 millones de dólares al Estado y 4 millones de euros a los inversores, aunque esta cantidad puede llegar a ser muy superior. En once de los casos donde el inversor ganó, el Estado español también tuvo que pagar parte de los costes por las contrataciones de despachos de abogados del inversor, incluyendo a los despachos españoles Gómez-Acebo & Pombo y Cuatrecasas. Si sumamos esto a los gastos propios del Estado, da un total de 58 millones de euros que España asumió en concepto de gastos legales y de expertos (honorarios de los bufetes de abogados y de los expertos), así como otros gastos asociados, como traducciones, viajes, hoteles, etc.³⁹ Pero las cifras podrían ser superiores, ya que no toda la información es pública.

Un elemento aparte en los arbitrajes son los informes de expertos que aportan las partes. Según consta en el caso de 9REN, el demandante aportó informes contratados a Jaume Margarit y Manuel Aragón Reyes. El primero fue Director de Energías Renovables del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDEA) entre 2007 y 2011, dependiente de la Secretaría de Estado de Energía. El segundo es magistrado emérito del Tribunal Constitucional. Ambos cobraron por su trabajo como peritos por la demandante, es decir, fueron contratados por el inversor.⁴⁰

Gastos asociados a los arbitrajes contra el Estado español en 19 de los casos resueltos

10,3 millones de euros en gastos de arbitraje

(honorarios de los árbitros, gastos administrativos del centro de arreglo de las disputas y otros gastos del tribunal).



58,4 millones de euros en gastos legales y de expertos

(honorarios de los bufetes de abogados y de los expertos)



68,7 millones de euros por gastos asociados a los arbitrajes

una media de 3,6 millones de euros por caso.

Quiénes se están beneficiando del Tratado de la Carta de la Energía

El TCE: un paraíso para las empresas financieras, fondos de capital riesgo y vehículos de inversión

Un examen detenido de las empresas que utilizaron el TCE para demandar al Estado español demuestra que este instrumento es utilizado por el tipo de inversores equivocado, incluyendo inversores de capital riesgo o fondos de gestión patrimoniales que poco tienen que ver con la transición energética sostenible. Por el contrario, estos se dedicaron a especular en el sector de las renovables mediante adquisiciones y ahora, con el TCE, pueden demandar al Estado español por las expectativas legítimas.

- **El 89 % de los demandantes contra el Estado español no son empresas de energía renovable, sino fondos de capital u otro tipo de inversor financiero**, ya tengan participaciones directas o indirectas, mayoritarias o minoritarias, en empresas que operan en el sector, incluyendo bancos. El modus operandi de estas empresas consiste habitualmente en permanecer en el negocio entre cinco y siete años, tras los cuales desinvierten para repartir los beneficios entre los socios.⁴¹
- **La mitad de estas empresas tienen además negocios en el sector del carbón, el petróleo, el gas y la energía nuclear**, como el fondo de capital 9REN, perteneciente a un grupo especializado en energía y, en particular, energía fósil.
- **Diez de los once inversores supuestamente neerlandeses son sociedades pantalla:** empresas casi sin empleados pero utilizadas por las grandes corporaciones para mover capital y evitar el pago de impuestos. Esto permitió que empresas españolas como Isolux Infrastructure Netherlands y Charanne demanden a Estado español a través de su filial en Holanda.
- **Una tercera parte de los demandantes tiene un vehículo de inversión en Luxemburgo.** Es el caso del vehículo de inversión Canepa, que demandó al Estado español mediante dos sociedades instrumentales en Luxemburgo. Su matriz, el fondo buitre Azora, compró en 2013, junto con Goldman Sachs, 2.935 viviendas de protección pública a la Comunidad de Madrid, de las que después fue expulsando a sus inquilinos.
- **Entre las demandantes se encuentran inversores de capital riesgo o fondos de gestión patrimoniales** que se dedicaron a crecer en el sector de las renovables mediante adquisiciones. Este es el caso de FREIF, que buscaba una inversión con buenos rendimientos para sus clientes, principalmente fondos de pensiones. Para el fondo de inversión era estratégicamente ventajoso “invertir en activos de infraestructura de larga duración con ingresos contratados o regulados que generan flujos de caja constantes con un riesgo mínimo.”⁴²

- o **Más de la mitad de los demandantes (en los casos cerrados) invirtieron a partir de 2008, cuando ya se habían dado los primeros cambios en las tarifas reguladas.** Algunos incluso aumentaron sus inversiones entre 2010 y 2011, sin haber sido diligentes antes de invertir en un sector altamente regulado, como el energético, para entender que existía la posibilidad de que las regulaciones adoptadas en 2007 y 2008 pudieran modificarse.

Tabla 2. Quiénes son los inversores que tienen una demanda contra el Estado español

Demandante	Tipo de inversión	Información relevante²
Sun-Flower Olmeda GmbH, Biram and others	Financiera	Casa de inversiones financieras con sede en Israel. Además del mercado de las energías renovables, tiene inversiones en el sector inmobiliario. Su modelo de negocio es la inversión en proyectos de energía solar que generan ingresos elevados y constantes. Tiene plantas fotovoltaicas y eólicas en España, Italia, Israel, Polonia y Finlandia, que suman 105 MW de potencia. Aharon Naftali Biram es su director, además de estar en la junta de otras 22 empresas con un patrimonio público de casi 50 000 millones de euros.
Isolux y Charanne	Financiera, fondo de capital riesgo	Dos vehículos de inversión usados por los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, dos de las personas más ricas de España. La Agencia Tributaria de España acusó a Delso y Gomis de evasión fiscal y fueron condenados por fraude fiscal. Si bien fueron liberados por una serie de errores procesales, actualmente son investigados por presunto fraude y corrupción en otras causas. Una empresa española no puede demandar al Estado español, por eso utilizan filiales en Holanda/Luxemburgo para interponer las demandas.
9 REN	Financiera. Fondo de inversión.	Su accionista es un fondo de capital riesgo especializado en energía que gestiona 32 000 millones de dólares, la mayoría en energía fósil. Compró una empresa en España con activos fotovoltaicos españoles y los traspasó a sociedades pantalla en Luxemburgo.
BAYWA	Conglomerado industrial.	El capital lo aportan los participantes/inversores mediante una combinación de fondos propios (25 %) y deuda (75 %). La primera inversión fue en 2009, que triplicó en 2011 comprándole activos a Shell. Los ingresos de la empresa en 2020 superaron los 4250 millones de euros.
FREIF	Financiera. Fondo de pensiones.	El inversor es un fondo de First Reserve perteneciente a una división del grupo vendida en 2017 a BlackRock (2). En diciembre de 2011, Freif adquirió una participación del 50 % en una cartera de seis parques eólicos. FREIF se asoció con la empresa española Renovalia y ambas crearon una empresa española llamada Renovalia Reserve S.L. Su inversión en las renovables en España buscaba maximizar la rentabilidad de sus clientes fondos de pensiones.
CUBE infraestructure	Fondo de inversión	El inversor es un fondo francés que compró varias plantas hidroeléctricas y fotovoltaicas en España, a través de una sociedad pantalla en Holanda. En abril de 2011 el fondo adquiere en asociación con Demeter 17 pequeñas instalaciones hidroeléctricas, de las cuales 10 estaban situadas en España. En junio de 2012 adquiere otras seis centrales hidroeléctricas.
Greentech Energy (GWM Renewable Energy)	Financiera. Gestora de fondos.	Gestiona más de 4500 millones de euros. Tiene su sede en Dinamarca pero opera a través de sociedades en Londres, Luxemburgo y Malta, principalmente. Entre 2009 y 2010 invirtió en acciones de las sociedades instrumentales propietarias de las instalaciones fotovoltaicas. También invierte en el sector inmobiliario.

2. Información en base a los laudos de los casos y la información pública sobre la empresa.

SOLes Badajoz	Financiera	Es un vehículo de inversión para patrimonios personales. Invierte en fondos que canalizan el dinero de unos 2000 inversores. En 2009 constituye SolEs Badajoz para invertir en plantas fotovoltaicas en España.
STEAG	Generación de energía eléctrica y servicios energéticos.	Es una de las principales eléctricas de Alemania. Tiene plantas por todo el mundo y utiliza todas las tecnologías, incluyendo plantas de carbón. En 2012 adquirió una participación del 26 % en el parque solar de Arenales. Otros accionistas de la planta de Arenales son Deutsche Asset Management, una filial de Deutsche Bank que ganó su propia demanda contra España.
Canepa Green Energy	Financiera. Vehículos de inversión	La demandante es una empresa de Madrid a través de dos sociedades instrumentales en Luxemburgo. Su matriz es Azora, el fondo buitre que en 2013 compró, junto con Goldman Sachs, 2935 viviendas de protección pública a la Comunidad de Madrid, de las que después expulsó a sus inquilinos.
Masdar Solar y otros	Financiera	Con varias sociedades interpuestas, la primera en Holanda, el inversor final es el fondo soberano de Abu Dhabi. Junto con esos fondos públicos, el proyecto se financió con 540 millones de euros de préstamos de varios bancos españoles, así como del Instituto de Crédito Oficial (ICO).
EISER	Financiera	Fondo de inversión que gestiona más de 4000 millones de euros. La gestora del fondo se encuentra en Londres, y la inversión en España se realiza, una vez más, mediante una sociedad interpuesta en Luxemburgo, que es la propietaria de dos sociedades españolas. Estas son las propietarias finales de varias plantas fotovoltaicas. El modelo de negocio de Eiser consiste en encontrar y desarrollar este tipo de inversiones de bajo riesgo en infraestructuras públicas con flujos de caja estables, a menudo en áreas reguladas. Entre los socios que participan en este modelo de negocio hay fondos de pensiones.
RREEF	Financiera	RREEF es un fondo de inversión especializado en infraestructuras perteneciente al grupo Deutsche Bank. El fondo está constituido en Jersey (semiparaíso fiscal) e invirtió en España desde una sociedad pantalla constituida en Luxemburgo. De nuevo actúan como demandantes tanto la matriz de Jersey como la pantalla de Luxemburgo. RREEF invirtió por primera vez en España en febrero de 2011, mediante la adquisición indirecta de una participación en el capital de tres empresas activas en el sector de la energía eólica.
NEXTERA	Industrial. Compañía eléctrica. Sociedad pantalla.	Es una de las primeras eléctricas de EE.UU., cotizada en Bolsa con una capitalización de 144 000 millones de dólares y unos ingresos en 2020 de 18 000 millones. Realizó su inversión desde una sociedad pantalla en Holanda, mediante la que presentó la demanda. En 2011, junto a su inversión en el capital del proyecto, varios bancos le prestaron 589 millones de euros.
RWE Innogy		Es la división de renovables de la gigante eléctrica de RWE y una de las mayores emisoras de CO2 de Europa. En 2011 adquiere la central termosolar granadina de Andasol 3, de 50 MW de capacidad, uno de los mayores centros de energía solar termoeléctrica de Europa. Por otro lado, la gigante eléctrica demandó a Holanda por sus planes para abandonar el carbón en 2030.
CSP Equity Investment (3)	Industrial	El inversor es Abengoa, sociedad constituida y domiciliada en España, y que cotizaba en la bolsa española hasta ser intervenida. Realizó la inversión mediante una sociedad pantalla en Luxemburgo. Es una de las mayores demandas por importe: 1505 millones de euros, paradójicamente contra el propio Estado que la rescató con dinero público en varias ocasiones, hasta la actualidad. Acordó la venta de los derechos de su demanda a un fondo de litigios por 75 millones de euros, aunque finalmente los accionistas no aprobaron la operación.

Un negocio lucrativo de los despachos de abogados

Dado que los costos jurídicos de los arbitrajes ascienden a cifras millonarias, este tipo de trabajo ha convertido al TCE en una máquina de hacer dinero para la industria jurídica. No es de extrañar que los abogados especializados en inversiones consideren que los casos en el marco del TCE son “sexis”,⁴³ y, en particular los casos contra España, por su alta tasa de éxito (83 % a favor del inversor).

Muchas veces las mismas firmas de abogados buscan activamente a sus clientes para ofrecerles el producto. Tan sólo seis bufetes de abogados —Allen & Overy, King & Spalding, Freshfields, Cuatrecasas, Gómez Acebo & Pombo y Latham and Watkins— representaron casi la totalidad de las demandas de inversores conocidas en virtud del TCE (39 casos de 50).

España ha impugnado la razonabilidad de los honorarios de los abogados de los inversores, incluyendo la cantidad de horas supuestamente trabajadas y la tarifa media por hora. Por ejemplo, en el caso Infrared, el bufete de Cuatrecasas dijo haber trabajado 11.200 horas cobrando una tarifa media por hora de 374 euros.⁴⁴ Otros despachos cobran aún más. Por ejemplo, en 9REN, King & Spalding cobró unos 744 dólares por hora y el co-council de Gómez Acebo & Pombo cobró tarifas que oscilaban entre 561 dólares y 760 dólares por hora.⁴⁵

¿Cómo anuncian los abogados de inversiones las posibilidades de litigio al amparo de los tratados de protección de inversiones entre sus clientes empresariales?

¿Nuevos litigios vinculados a las nuevas leyes climáticas? El bufete Freshfields ya puso la mira en su próximo negocio. Una publicación en su página web sobre las tendencias para el arbitraje de inversiones en 2021 dedica una noticia a los posibles arbitrajes relacionados con las nuevas normativas para combatir el cambio climático,⁴⁶ una realidad que puede afectar al Estado español de la misma manera que los casos de las renovables. De hecho, una empresa minera australiana amenazó con llevar al país a un arbitraje internacional por la propuesta de enmienda a la Ley de Cambio Climático para prohibir la mina de uranio en Salamanca. La empresa contrató a Herbert Smith Freehills, otro de los bufetes líderes en arbitrajes supranacionales de inversión.

¿Nuevos litigios por la implementación de energías renovables? La nueva Ley de Cambio Climático española prevé que el sistema eléctrico fije al menos en un 74 % la generación a partir de energías renovables. El bufete Steptoe & Johnson explicó a los productores de energías contaminantes que “podríamos contar con argumentos sólidos” para plantear que la introducción de objetivos vinculantes con respecto a la producción de energías renovables contraviene sus “expectativas legítimas de que no se limitaría el porcentaje de energía procedente de fuentes no renovables”.⁴⁷ Según Steptoe, los objetivos en materia de energía verde podrían dar lugar a una violación de la norma del trato justo y equitativo que disponen los tratados de inversión como el TCE, lo cual volvería a situar a España en la mira de los inversores para solicitar nuevas indemnizaciones multimillonarias.

Bufetes que ganan por partida doble

En ocasiones, algunos abogados lograron obtener ganancias por partida doble: al orientar a los inversores extranjeros a realizar una inversión arriesgada y, después, cuando el riesgo no dio el resultado previsto, al asesorar sobre controversias usando el TCE. Por ejemplo, la firma Herbert Smith Freehills primero asesoró a los inversores luxemburgueses RREEF y Antin en su adquisición de plantas termosolares en España en 2011, cuando el país ya recortaba sus ayudas a las renovables y dos años antes de que los inversores demandaran a España por esos recortes.⁴⁸ Más tarde, el bufete defendió al Estado español en dos demandas parecidas en virtud del TCE, presentadas por Charanne y PV Investors.⁴⁹

Tabla 3. Bufetes implicados en más de tres casos contra el Estado español

Bufete	Casos	Qué se debería saber sobre este bufete ³
Allen & Overy (Reino Unido)	12	Presentó la primera demanda de arbitraje con arreglo al TCE en 2001, del gigante estadounidense de la energía AES contra Hungría. Hoy, la mayoría de los casos de arbitraje bajo el TCE son contra España: 12 de los 16 casos conocidos.
King & Spalding (Estados Unidos)	12	El bufete preferido de las grandes empresas petroleras. En el mundo del TCE está fundamentalmente implicado en demandas contra España e Italia vinculadas con las renovables. También representa a la petrolera británica Rockhopper en una demanda presentada contra Italia después de que el país se retirara del TCE, por la decisión del gobierno italiano de prohibir la perforación de petróleo en alta mar.
Cuatrecasas, Goncalvez Pereira (España)	9	Todos sus casos de arbitraje son contra España, incluidas las primeras demandas conocidas de inversores japoneses. El abogado principal de la Secretaría del TCE entró a la institución tras casi 13 años con Cuatrecasas, en lo que representa un caso destacable de puertas giratorias. La exvicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría, número dos del Ejecutivo en los años clave de las reformas energéticas, trabaja hoy en el despacho.
Latham and Watkins (Estados Unidos)	3	Ha representado a los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis en sus demandas contra España y, a principios de 2018, contrató al expresidente español José María Aznar como asesor político.
Freshfields Bruckhaus Deringer (Reino Unido)	3	Es el bufete más activo en controversias ISDS del mundo; en abril de 2018 estaba implicado en 45 casos al amparo de tratados de inversión. Representa a EVN en su demanda contra la decisión de Bulgaria de reducir el precio creciente de la energía.

3. Más información en: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/>

Cinco cosas que el Tratado de la Carta de la Energía permite y que es improbable que sucedieran en una instancia judicial ante jueces nacionales o ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)

1. Da un trato privilegiado a los inversores extranjeros en los tribunales de arbitraje

La empresa financiera FREIF, que ha demandado al Estado español bajo el TCE, sostiene que las protecciones que otorga el tratado “[son] más favorable[s] que una norma que le obligaría a recurrir a los tribunales nacionales de España antes de continuar por el sistema jurídico de la UE.”⁵¹

De hecho, algunos inversores también llevaron el caso al Tribunal Supremo (TS), que desestimó todas las demandas. En la sentencia del 13 de enero de 2014, el TS admite que el TCE incluye disposiciones sobre la protección de inversiones para inversores extranjeros. Sin embargo, no considera que la restricción a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada suponga “medidas exorbitantes o discriminatorias”.⁵² El TS estima que los casos deben entenderse como un hecho referido al marco regulatorio en su conjunto y no como una protección únicamente para el inversor. Por otro lado, el TS considera que las inversiones siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo favorable en su globalidad, con una rentabilidad razonable del 7% para el inversor extranjero, igual que para el inversor nacional.

Muchos tribunales también afirmaron que el arbitraje de inversiones es más favorable porque “obvia la necesidad de presentar [una] demanda ante los tribunales españoles”.⁵³ Efectivamente, los tratados con protección de inversiones generan un sistema de justicia paralela que permite a los inversores saltarse los tribunales nacionales y acudir directamente al sistema privado de arbitraje internacional.⁵⁴

Sin embargo los tribunales nacionales y europeos se presentan como foros mucho más adecuados y equitativos, pues las sentencias se aplican a todas las personas por igual, ya sean inversores extranjeros o nacionales.

2. Los árbitros dan una interpretación más abierta de los estándares de protección a las inversiones

Entre los estándares de protección a las inversiones, el texto del tratado incluye la protección frente al trato “injusto” o “no equitativo” por parte del Estado. Pero esto se ha interpretado de manera que cubra las “expectativas legítimas” de los inversores sobre los beneficios a futuro de las inversiones. Eso no existe como tal en la letra del tratado, sino que es la interpretación que hacen los árbitros de las normas del TCE. Por eso los resultados de los arbitrajes pueden ser totalmente impredecibles, ya que dependen únicamente de la decisión de tres individuos que actúan como árbitros.

Es por ello que los árbitros decidieron que el Estado había frustrado las expectativas legítimas del inversor y, por tanto, debía compensarlo.⁵⁵ Sin embargo, para España esto no es una violación del tratado pues considera que las demandantes deberían haber conocido el régimen jurídico aplicable a su inversión, de manera que sus expectativas en cuanto a la inmutabilidad del régimen del RD 661/2007 solo podrían haber sido generadas por una interpretación errónea del marco normativo, que no puede considerarse legítima.

3. Las empresas financieras, de capital riesgo o vehículos de inversión obtienen millones de euros en concepto de indemnización

Las definiciones amplias de qué es una inversión o quién es un inversor en el TCE permiten que una extensa gama de actores presente demandas ISDS. Entre ellos están quienes puedan efectuar una inversión o adquirir (en todo o en parte) inversiones ya existentes, o dedicarse a distintos campos de inversión.⁵⁶ Esta definición abre el camino a todo tipo de inversores, siempre formalmente radicados en otro país firmante del TCE.

Este es el caso del fondo de inversión FREIF, que buscaba una inversión que diera buenos rendimientos a sus clientes, principalmente fondos de pensiones. Para el fondo era estratégicamente ventajoso “invertir en activos de infraestructura de larga duración con ingresos contratados o regulados que generan flujos de caja constantes con un riesgo mínimo.”⁵⁷ Sin embargo, no tuvo en consideración para sus clientes pensionistas el evidente riesgo regulatorio de inversiones a tan largo plazo.

El TCE tampoco especifica el criterio de la nacionalidad de la persona legal. Esto habilita que una persona jurídica abra una empresa en un país miembro del TCE y demande a través de esta. Por ejemplo, mediante sociedades pantalla en Países Bajos o Luxemburgo, como es el caso de Canepa, una empresa de Madrid que demanda al Estado español a través de dos instrumentales en Luxemburgo.

4. Las indemnizaciones son muy superiores a la inversión original

Los tribunales de ISDS han utilizado diferentes enfoques para determinar el valor de los activos a la hora de conceder una indemnización. Sin embargo, a la hora de valorar los activos que pueden generar beneficios, con frecuencia consideran el valor descontado del flujo de caja que el activo estimado habría producido a lo largo de su ciclo de vida.

La interpretación de los árbitros aplicando cosas genéricas de las disposiciones del TCE, ha concedido a los inversores una indemnización mayor que las inversiones originales y en circunstancias en las que la legislación española no contempla la indemnización.

Un ejemplo ilustrativo de lo anterior lo encontramos en el hecho de que la empresa experta en cuantificación de daños, BDO, considera que la demanda en el caso Foresights es “desproporcionada” ya que las demandantes sólo invirtieron 25,8 millones de euros para adquirir sus intereses en tres instalaciones fotovoltaicas, pero exigen entre 59 y 64 millones de euros.⁵⁸

Además de capitalizar los ingresos previstos durante los años de vida de la planta, y en algunas ocasiones la venta, los demandantes pueden pedir dos veces más de la inversión inicial en su reclamo en el arbitraje. En Watkins, los demandantes habían adquirido una cartera de valores de parques eólicos en 2011 y la vendieron en 2016 con un beneficio de 42 millones de euros. No obstante, los demandantes de Watkins recibieron otros 77 millones de euros en compensación en el laudo final.⁵⁹

Para la mayoría de los inversores este tratado es más que una póliza de seguro gratuita: es una fuente adicional de lucro que les permite ser indemnizados no solo por la pérdida de beneficios en el presente, sino por sus expectativas de beneficios futuros.

5. El TCE permite que los inversores vayan contra la regulación que intenta paliar la crisis climática

Para frenar el aumento de la temperatura mundial a 1,5 grados y lograr el objetivo de París hacen falta políticas ambiciosas y voluntad política que den soluciones reales a la emergencia climática. La comunidad científica plantea desde hace mucho tiempo que para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero es necesaria la rápida descarbonización de la economía. A pesar de la gravedad del problema, la política climática dominante aún no ha sido capaz de dar respuestas adecuadas. La mayoría de los Gobiernos no han logrado la transición energética, sino que siguen aumentando la producción y el uso de la energía, más de la mitad procedente de combustibles fósiles.⁶⁰ Otros comienzan a tomar medidas que, sin embargo, enfrentan el obstáculo del TCE.

Por ejemplo, la esperada Ley de Cambio Climático y Transición Energética española, aprobada el 20 de mayo de 2021 por el Congreso de los Diputados, incluye la prohibición de las actividades de exploración o explotación de yacimientos minerales radiactivos como el uranio. Esto afecta a varios proyectos de empresas como la minera Berkley, quien ya amenazó con utilizar el arbitraje internacional para reclamar compensación al Gobierno. Berkley exige una “adecuada compensación”

al considerar que la enmienda a la Ley es “inconstitucional” y que no hay “justificación alguna para la adopción de tal medida”.⁶¹ Aunque la minera cifra su inversión en 82 millones de euros, la amenaza de demanda se eleva a 450 millones de euros por lucro cesante.

Este es solo un ejemplo de lo que podría suceder si se aplican cambios que afecten a la infraestructura fósil protegida por el TCE, que según un estudio reciente equivale a ocho mil millones de euros en el caso español.⁶²

Demandas bajo el TCE por aprobar nuevas medidas a favor del medio ambiente⁶³

Demandado por prohibir la producción eléctrica de carbón. Los Países Bajos recibieron la primera demanda conocida por sus planes de eliminar el carbón de la economía previsto en la Ley de 2019. RWE reclama 1,4 mil millones de euros en compensación por los daños que esta nueva Ley supone para sus intereses. Poco después, la empresa Uniper registró una demanda similar reclamando alrededor de mil millones de euros.⁶⁴

Demandado por prohibir la extracción de petróleo en el mar. Italia fue demandada por la empresa británica de petróleo y gas Rockhopper tras cancelar su concesión para perforar petróleo en el mar Adriático. Esto se produjo tras una década de lucha por parte de las comunidades costeras italianas que denunciaron el peligro de las perforaciones, que ya habían provocado terremotos y amenazaban con nuevos desastres ecológicos. La petrolera exige una indemnización de 300 millones de euros, siete veces más de lo que la empresa había invertido inicialmente.

Demandado por abandonar la energía nuclear. Vattenfall presentó una segunda demanda contra Alemania en 2012 por la que reclamaba 4.300 millones de euros, más intereses, por la pérdida de ganancias vinculada con dos de sus reactores nucleares. La acción legal empezó después de que el Parlamento alemán decidiera acelerar el proceso de abandono de la energía nuclear, tras la catástrofe de Fukushima en 2011 y fuertes protestas antinucleares en todo el país.

Conclusiones y recomendaciones

Hasta aquí hemos podido desgranar el lucrativo negocio de las demandas en los tribunales internacionales de arbitraje contra el Estado español a cuenta del frustrado sueño solar. A partir de este panorama podemos subrayar algunos de los principales problemas del TCE:

- El recurso a los tribunales arbitrales internacionales como principal mecanismo de resolución de conflictos entre inversores y Estados profundiza aún más la lógica de dominación, favoreciendo a las grandes corporaciones y fondos de inversión transnacionales. Se impide así que las empresas radicadas en España y otros grupos nacionales de inversores, pymes o cooperativas de energía (actores clave en la transición energética) puedan disputar espacios de mercado.
- Las definiciones amplias de qué es una inversión o quién es un inversor en el TCE permiten que una extensa gama de actores presenten demandas. El 89% de los demandantes no son empresas de energía renovables sino un fondo de inversión internacional.
- El TCE es un seguro a todo riesgo para los inversores que se dedicaron a especular en el sector de las renovables en España y que ahora demandan al Estado por sus ganancias futuras hipotéticas.
- Con 50 demandas de arbitraje internacional de inversiones bajo el TCE, España se ha convertido en el foco de la industria jurídica. El Estado español ya ha tenido que pagar al menos 68,7 millones de euros por gastos asociados a los arbitrajes (como honorarios de los árbitros, abogados y expertos). Esto es una media de 3,6 millones de euros por caso.
- El TCE es el tratado favorito de los inversores por su alta tasa de éxito: 83 % de los casos han sido a favor del inversor. Esto se debe a la interpretación de las normas del TCE que hacen los tres individuos que actúan como árbitros. Muchos de los árbitros integran un pequeño "club de élite" con intereses en mantener el sistema de arbitraje de inversión intacto.
- La interpretación de los árbitros aplicando cosas genéricas de las disposiciones del TCE, ha concedido a los inversores una indemnización mayor que sus inversiones iniciales. A fecha de publicación de este informe, el Estado español había sido condenado al pago de 971 millones de euros a los inversores.
- España podría ver nuevas demandas a partir de las medidas previstas en la nueva Ley de Cambio Climático y Transición Energética. Inversores energéticos están demandando a otros países en la UE que han legislado o implementado medidas para paliar la crisis climática.

Afrontar la crisis climática y avanzar en la transición energética es un desafío sin precedentes que requiere medidas innovadoras y flexibles que sean capaces de adaptarse a las necesidades del momento. En cambio, el TCE podría poner freno a estas iniciativas pues podrían suponer nuevas demandas millonarias por las medidas previstas en la nueva Ley de Cambio Climático

y Transición Energética. La simple amenaza de una demanda podría ser suficiente para echar atrás una importante medida.

La única manera que España puede evitar nuevos arbitrajes de inversión es saliendo del Tratado de la Carta de la Energía, denunciando los tratados y acuerdos de comercio e inversión ya firmados y renunciando a renovarlos o firmar otros nuevos, ya que posibilitan la interposición de otras demandas.

La salida del TCE significaría que las inversiones nuevas realizadas a partir del año de salida dejarían de estar protegidas por el tratado, lo que reduciría el riesgo de nuevas demandas ISDS. Pero esto no anularía la llamada "cláusula de supervivencia", que permite que durante 20 años a partir de la fecha de salida del TCE la protección a las inversiones siga aplicándose a las inversiones existentes, que en su mayoría son de energías fósiles. Es decir, se pueden iniciar nuevas demandas ISDS contra el Estado español, desde países miembros de la UE o externos a la Unión.

Para cambiar esta situación los Estados miembros de la UE deben retirarse en conjunto del TCE. Esto eliminaría el efecto de la cláusula de supervivencia del tratado y, por tanto, el riesgo de nuevas demandas millonarias.⁶⁵

Esta opción tiene el respaldo creciente de organizaciones de la sociedad civil, parlamentarios,⁶⁶ miembros de la comunidad científica,⁶⁷ y de más de un millón de personas de toda Europa.⁶⁸ Recientemente, una coalición de más de 400 organizaciones medioambientales, climáticas, de desarrollo, de consumidores, sindicatos, organizaciones de jóvenes y activistas de toda Europa envió un mensaje a los Gobiernos europeos y la UE pidiéndoles que abandonen el TCE para la COP-26 y que detengan su expansión en los países del Sur Global.⁶⁹

6 motivos por los que España debe salirse del Tratado de la Carta de la Energía (TCE)	
 <p>1 Concede a las empresas transnacionales el poder de demandar al Estado por medidas del Gobierno como bajar el precio de la luz.</p>	 <p>4 Bufetes de élite se están enriqueciendo del arbitraje contra España: 58,7 millones de euros solo en gastos legales y de expertos.</p>
 <p>2 España es el país más demandado bajo el TCE: acumula 50 demandas (y seguirán sumando).</p>	 <p>5 La modernización del TCE es un proceso abocado al fracaso y continúa indefinidamente en un tiempo que no tenemos.</p>
 <p>3 El TCE desvía recursos importantes del Estado: de momento la factura se eleva a 971 millones de euros en 17 casos.</p>	 <p>6 El TCE nos encadena a los combustibles fósiles y profundiza la crisis climática: protege las inversiones en petróleo, gas y carbón.</p>

Notas al final

1. Martin D. Brauch (2021) ¿Debe la Unión Europea arreglar, abandonar o eliminar el Tratado sobre la Carta de la Energía? *Columbia Center on Sustainable Investment*, febrero de 2021, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/blog/ccsi-union-europea-tratado-carta-energia-tce-martin-dietrich-brauch.pdf>
2. Datos obtenidos de la página web de la Secretaría del Tratado de la Carta de la Energía el 21 de septiembre de 2021, <https://www.energycharter.org>
3. 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).
4. Estos fondos de litigios apoyan las demandas de las empresas contra los Estados sufragando parte de los costes jurídicos a cambio de obtener una gran participación de cualquier posible laudo final o acuerdo entre las partes. Esto aumenta la posibilidad de nuevas demandas y más costosas para los Estados. Por ejemplo, una de las demandas más cuantiosas contra España fue presentada por Abengoa, que encontró la forma de demandar a su propio país a través de una sociedad instrumental en Luxemburgo (CSP Equity Investments), que inicialmente pedía 840 millones de euros, pero más tarde acudió a la financiación a terceros y amplió hasta los 1.200 millones, www.energy-charter-dirty-secrets.org/es
5. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute (2012), Cuando la injusticia es negocio, noviembre de 2012, https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf
6. Gus Van Harten (2016) Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants, enero de 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876
7. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados), https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state
8. Columbia Center on Sustainable Investments CCSI (2018), Costs and Benefits of Investment Treaties, practical considerations for States, policy paper, March 2018, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/pics/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf>
9. Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute (2021) Justicia paralela ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina?, marzo de 2021, https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia_paralela_esp.pdf
10. Transnational Institute (2020), Just Transition: How environmental justice organisations and trade unions are coming together for social and environmental transformation, Resultados del taller organizado con diferentes organizaciones, Febrero 2020, https://www.tni.org/files/publication-downloads/web_justtransition.pdf
11. European Environmental Bureau (2019), Decoupling debunked – Evidence and arguments against green growth as a sole strategy for sustainability, 8 de julio de 2019, <https://eeb.org/library/decoupling-debunked/>
12. Capellán-Pérez, Iñigo & Castro, Carlos & Miguel, Luis. (2019). Dynamic Energy Return on Energy Investment (EROI) and material requirements in scenarios of global transition to renewable energies. *Energy Strategy Reviews*, https://www.researchgate.net/publication/335609618_Dynamic_Energy_Return_on_Energy_Investment_EROI_and_material_requirements_in_scenarios_of_global_transition_to_renewable_energies y Columbia Center on Sustainable Investment (CCS), Don't throw caution to the wind: in the green energy transition, not all critical minerals will be goldmines, May 2020, <https://ccsi.columbia.edu/content/dont-throw-caution-wind-green-energy-transition-not-all-critical-minerals-will-be-goldmines>
13. Sonter, L.J., Dade, M.C., Watson, J.E.M. et al. Renewable energy production will exacerbate mining threats to biodiversity. *Nat Commun* 11, 4174 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41467-020-17928-5>
14. Ecologistas en Acción (2019), Escenarios de trabajo en la transición ecosocial 2020-2030, <https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/2019/12/informe-escenarios-de-trabajo-WEB.pdf> y Nieto, Jaime & Carpintero, Óscar & Miguel, Luis & de Blas, Ignacio. (2019). Macroeconomic modelling under energy constraints: Global low carbon transition scenarios. *Energy Policy*. 137. 111090. 10.1016/j.enpol.2019.111090, https://www.researchgate.net/publication/337268445_Macroeconomic_modelling_under_energy_constraints_Global_low_carbon_transition_scenarios

15. Eduardo Bayona, El oligopolio eléctrico avanza en el control de las renovables mientras España suma condenas millonarias por los recortes en el sector, público, 19 de septiembre de 2021, El oligopolio eléctrico avanza en el control de las renovables mientras España suma condenas millonarias por los recortes en el sector | Público
16. Daniel Chávez y Sean Sweeney, El clima, la energía y el mito de la transición. La alternativa pública frente al fracaso del mercado, Viento Sur.
17. Ecologistas en Acción (2021), Manifiesto de Ecologistas en Acción ante el proceso de transición energética e implantación de renovables, abril de 2021, <https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/2021/04/manifiesto-renovables.pdf>
18. Transnational Institute and Corporate Europe Observatory (2014), Profiting from crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries, marzo de 2014, https://www.tni.org/files/download/profitting_from_crisis_1.pdf
19. Dani Cordero, El Gobierno trata de acabar con la especulación en los proyectos de energía renovable, El País, 23 de junio 2020,
20. Así, se publicó el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, modificado por el Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto, y posteriormente el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, que derogaba los dos anteriores.
21. El Real Decreto 436/2004 establecía en su artículo 33 la tarifa más atractiva para las instalaciones no superiores a 100kw, el Real Decreto 661/2007 hacía lo propio en su artículo 36
22. Euforia mundial por comprar energías renovables, *Universia Knowledge Wharton*, 12 de diciembre de 2017, <https://www.knowledgeatwharton.com.es/article/euforia-mundial-por-comprar-energias-renovables/>
23. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de Los Servicios (2011), Evaluación del Plan Español de Energías Renovables 2015-2010, abril de 2011, <https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/evaluacion-politicas-publicas/Documentos/Evaluaciones/2010/E24/E24.pdf>
24. Multiplicando las primas que recibían las instalaciones que estaban por encima del objetivo por la prima que cobraba cada uno.
25. Ecologistas en Acción (2008), Real Decreto 1578/2008 Retribución de la energía solar fotovoltaica, septiembre de 2008, https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/adjuntos-spip/pdf_Informe_Fotovoltaica_R-D.pdf
26. Naciones Unidas, UNCTAD (2021), Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2021, in IIA Issues Note, International Investment Agreements, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf
27. Entre 2015 y 2016 se inician 25 demandas, solo superado por Argentina en 2003-2004 con 29 demandas. Más información en el portal de ISDS en números: www.isds-americalatina.org
28. Isabella Reynoso (2019), Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible, *IISD*, 27 de junio de 2019, <https://www.iisd.org/itn/es/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>
29. María Bisila Torao (2020), Comité de Anulación del CIADI anula laudo de Eiser vs. España por constitución incorrecta del Tribunal y grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, *IISD*, 5 de octubre de 2020, <https://www.iisd.org/itn/es/2020/10/05/icsid-annulment-committee-annuls-eiser-v-spain-award-for-improper-constitution-of-the-tribunal-and-severe-departure-from-a-fundamental-rule-of-procedure/>
30. El árbitro Grigera Naon redactó un voto particular en el que sostenía que el nuevo régimen regulador equivalía a una abolición “desproporcionada, irrazonable e inesperada” de los derechos anteriores. Por lo tanto, el disidente habría considerado que se trataba de una infracción más amplia de la cláusula de Trato Justo y Equitativo. Caso discutido BayWa en IA Reporter, ICSID tribunal orders Spain to pay 22 million EUR (plus interest) in compensation for claw-back provision, 27 de enero de 2021, <https://www.iareporter.com/articles/icsid-tribunal-orders-spain-to-pay-22-million-eur-plus-interest-in-compensation-for-claw-back-provision/>
31. El Estado logra rebajar la factura de los arbitrajes por las renovables en 4.600 millones, artículo en El País, 31 de mayo de 2021, <https://elpais.com/economia/2021-05-31/el-estado-logra-bajar-la-factura-de-los-arbitrajes-por-las-renovables-en-4600-millones.html>
32. Deutsche ignora el plan Ribera contra los laudos verdes y demanda a España en EEUU, artículo en El Confidencial, 20 de enero 2021, https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-01-20/rreeef-demanda-espana-eeuu-laudos-renovables-teresa-ribera_2418056/ El Confidencial
33. Irish solar companies lodge latest renewables claim against Spain, artículo en Investment Arbitration Reporter, 4 de agosto de 2021, <https://www.iareporter.com/articles/irish-solar-companies-lodge-latest-renewables-claim-against-spain/>

34. Global Arbitration Review, GAR, Spain marks 50th renewables claim as new reforms roil investors, 21 de septiembre de 2021, <https://globalarbitrationreview.com/spain-marks-50th-renewables-claim-new-reforms-roil-investors>
35. Luego de sentencias favorables a los inversores en los casos Novenergía, Infrastructure Services Luxembourg (previamente Antin), NextEra Energy, 9REN Holding, Watkins Holdings, Cube Infrastructure, Infrared Capital Partners, Athena Investments (previamente Greentech) y Hydro Energy 1 y la sueca Hydroxana las empresas han iniciado procedimientos de ejecución en los EE.UU. y Australia para poder cobrarse de los bienes de España tan pronto como el procedimiento de anulación haya terminado.
36. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de septiembre de 2021 en el asunto C-741/19, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3161919n> y artículo relacionado: La Justicia europea falla contra el uso del Tratado de la Carta de la Energía para demandar a Gobiernos en la UE, artículo en ElDiario.es, 3 de septiembre de 2021, https://www.eldiario.es/economia/justicia-europea-falla-tratado-carta-energia-demandar-Gobiernos-ue_1_8269171.html
37. Los cálculos se han realizado con la información disponible en los laudos que ya han sido publicados. Última consulta realizada el 3 de septiembre de 2021.
38. Los cálculos se han realizado con la información disponible en la página de la Secretaría del TCE en 18 de los casos resueltos. Los valores en dólares se han calculado en euros según el cambio de 0,846 euros a día 28 de julio de 2021.
39. Los cálculos se han con la información disponible en la página de la Secretaría del TCE en 18 de los casos resueltos. Se sumaron todos los costes legales propios de la defensa del Estado así como la parte proporcional que el tribunal ha estimado que tiene que pagar a los abogados del inversor. Los valores en dólares se han calculado en euros según el cambio de 0,846 euros a día 28 de julio de 2021.
40. 9REN Holding c. El Reino de España, (Caso CIADI No. ARB/15/15)
41. Las renovables cruzan el charco con capital riesgo, CincoDías, El País Economía, 25 de octubre de 2012, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/10/25/empresas/1351410666_850215.html
42. FREIF Eurowind Holdings Ltd c. El Reino de España, (Caso SCC No. 2017/060)
43. Power Surge, Global Arbitration Review, 1 de abril de 2007, <https://globalarbitrationreview.com/power-surge>
44. InfraRed and others c. El Reino de España, (Caso CIADI, No. ARB/14/12)
45. 9REN Holding c. El Reino de España, (Caso CIADI No. ARB/15/15)
46. Freshfields Bruckhaus Deringer, International arbitration in 202, Arbitration and climate change What role does arbitration play in the context of environmental, social and governance (ESG) issues, in particular climate change? <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/arbitration-and-climate-change/>
47. Matthew Coleman et al. (2014) Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector, septiembre, <https://www.steptoe.com/publications-9867.html>.
48. Herbert Smith (2011) Herbert Smith asesora a los fondos RREEF y ANTIN en la adquisición de dos centrales termosolares de ACS, Helionoticias, 1 de agosto, <http://helionoticias.es/herbert-smith-asesora-a-los-fondos-rreef-y-antin-en-la-adquisicion-de-dos-centrales-termsolares-de-ac/>
49. Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. c. El Reino de España (Caso SCC No. 062/2012)
50. Corporate Europe Observatory y el Transnational Institute (2019), 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, abril de 2019, <https://energy-charter-dirty-secrets.org/wp-content/uploads/2020/03/Un-Tratado-para-gobernarlos-a-todos.pdf>
51. Memorial de Contestación, FREIF Eurowind Holdings Ltd c. El Reino de España, (Caso SCC No. 2017/060)
52. Juan Castro-Gil Amigo (2015), Riesgo Regulatorio en las energías renovables, Aranzadi, 2015, Vol. 1. 2015. ISBN 978-84-9059-574-9, José Antonio Martín – Magistrado emérito del Tribunal Supremo.
53. Memorial de Contestación, FREIF Eurowind Holdings Ltd c. El Reino de España, (Caso SCC No. 2017/060)
54. Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute (2021) Justicia paralela ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina?, marzo de 2021, https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia_paralela_esp.pdf y IISD Best Practices Series: Exhaustion of local remedies in international investment Law por Martin Dietrich Brauch, Enero 30 de 2017, <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>

55. Maximilian Schmidl (2021), The Renewable Energy Saga from Charanne v. Spain to The PV Investors v. Spain: Trying to See the Wood for the Trees, Kluwer Arbitration Blog, 1 de febrero, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/01/the-renewable-energy-saga-from-charanne-v-spain-to-the-pv-investors-v-spain-trying-to-see-the-wood-for-the-trees/> y Isabella Reynoso (2019), Saga sobre Energías Renovables en España: Lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible, *IISD*, 27 de junio de 2019, <https://www.iisd.org/itn/es/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>
56. Artículo primero sobre definiciones en el Tratado de la Carta de la Energía: www.energycharter.org
57. FREIF Eurowind Holdings Ltd c. El Reino de España, (Caso SCC No. 2017/060)
58. Greentech Energy System A/S, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L., GWM Renewable Energy I S.P.A, GWM Renewable Energy II S.P.A c. El Reino de España, (Caso SCC No. 2015/150)
59. Watkins Holdings c. El Reino de España, (Caso CIADI No. ARB/15/44)
60. SEI, IISD, ODI; Climate Analytics, CICERO y UNEP (2019). "The production Gap: The discrepancy between countries planned fossil fuel production and global production levels consistent with limiting warming to 1.5°C or 2°C,
61. Berkley cifra en 450 millones el posible pleito al Gobierno, Periódico Expansión, 18 de enero de 2021, <https://www.expansion.com/empresas/energia/2021/01/18/6005e516468aeb8f098b45b0.html>
62. Investigate Europe (2021), The Energy Charter Treaty, febrero de 2021, <https://www.investigate-europe.eu/en/2021/ect/>
63. Estos casos continúan abiertos en el momento de escribir este documento (Marzo 2021). Para ampliar información: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/es/#section5>
64. <https://www.somo.nl/compensation-for-stranded-assets/>
65. Martin D. Brauch (2021) ¿Debe la Unión Europea arreglar, abandonar o eliminar el Tratado sobre la Carta de la Energía? *Columbia Center on Sustainable Investment*, febrero de 2021, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/blog/ccsi-union-europea-tratado-carta-energia-tce-martin-dietrich-brauch.pdf>
66. Miembros del Parlamento Europeo y del Congreso de los Diputados piden abandonar el Tratado sobre la Carta de la Energía, Ecologistas en Acción, 3 de noviembre de 2020, <https://www.ecologistasenaccion.org/154755/#declaracionTCE>
67. Petición para solicitar al Gobierno la salida del Tratado de la Carta de la Energía porque impide la transición hacia energías limpias: <http://www.endfossilprotection.org/>
68. Campaña de recolección de firmas que ya tiene más de un millón: https://secure.avaaz.org/campaign/es/energy_charter_treaty_loc/?zEEMSfb
69. Ultimátum a los Gobiernos para la salida del Tratado de la Carta de la Energía no más tarde de la COP26, Campaña No a los TCI, <https://www.noalttip.org/ultimatum-a-los-Gobiernos-para-la-salida-del-tratado-de-la-carta-de-la-energia-no-mas-tarde-de-la-cop26/>



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

www.TNI.org