

Un Tratado para gobernarlos a todos

El Tratado sobre la Carta de la Energía, en constante ampliación, garantiza a las corporaciones poderes para frenar la transición energética

Junio de 2018, Bruselas/Ámsterdam

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

Resumen ejecutivo

Hace dos décadas entró en vigor un opaco acuerdo internacional: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El Tratado, que nunca se ha sometido a un debate público significativo, funciona como el anillo único de la trilogía de El señor de los anillos —“Un anillo para gobernarlos a todos”—, ya que otorga a las grandes empresas un enorme poder sobre nuestros sistemas energéticos, como la facultad de demandar a los Gobiernos, lo cual podría entorpecer la transición hacia las energías renovables. El TCE se encuentra en proceso de ampliación, lo cual amenaza con que aún más países se vean maniatados por unas políticas energéticas que favorecen a las grandes empresas.

Actualmente, el TCE es aplicable a casi 50 países, que se extienden desde Europa Occidental a Asia Central y hasta Japón. Entre las numerosas disposiciones del Tratado, las relativas a la protección de las inversiones extranjeras en el sector de la energía —también conocidas por la infame sigla ISDS, el equivalente en inglés al término ‘solución de controversias entre inversores y Estados’— representan uno de sus pilares. Las disposiciones del TCE en materia de ISDS garantizan a los inversores extranjeros en el sector energético amplios derechos para demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales compuestos por tres abogados privados, los árbitros. A las empresas se les pueden conceder sumas astronómicas en concepto de indemnización por aquellas medidas adoptadas por

un Gobierno que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la ‘expropiación’, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo. Por ejemplo, el gigante de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear. La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de petróleo en alta mar. Varias compañías de servicios han demandado a Bulgaria, el Estado miembro más pobre de la UE, después de que el Gobierno redujera el creciente coste de la electricidad para los consumidores.

A pesar de ello, el TCE y quienes se están beneficiando con él han escapado en gran medida del escrutinio público. Mientras que la última década ha sido testigo de una gran oleada de oposición al ISDS en otros acuerdos internacionales de comercio e inversión, el TCE ha logrado mantenerse sorprendentemente al margen de esta marea de indignación pública. Muchas de las demandas presentadas por inversores en virtud del Tratado se mantienen en secreto. En el caso de otras, la información a la que se puede acceder es escasa.

Y en los países que se hallan en proceso de adhesión al TCE, casi nadie parece haber oído hablar del acuerdo, y mucho menos haber estudiado en profundidad los riesgos políticos, jurídicos y financieros que entraña. Este informe arroja luz sobre “el anillo único” del TCE, que ejercerá una gran influencia en la batalla sobre nuestros futuros sistemas energéticos, así como sobre las grandes empresas y los abogados a los que concede enormes poderes.

Conclusiones principales:

1.

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

2.

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

3.

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

4.

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

5.

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

6.

A los Gobiernos se les ha condenado a pagar o bien han accedido a pagar más de 51 200 millones de USD en concepto de daños, procedentes de fondos públicos,*

una cifra que equivale, aproximadamente, a la inversión anual necesaria para proporcionar acceso a la energía a todas aquellas personas del mundo que carecen de él. Las demandas pendientes en virtud del TCE* tienen un valor colectivo de 35 000 millones de USD, mucho más que la cantidad anual estimada para que África se adapte al cambio climático.

7.

La mayoría de los inversores que han interpuesto demandas en virtud del TCE provienen de Europa Occidental.

Las empresas y personas con sede registrada en los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido (o en el paraíso fiscal de Chipre) representan el 60 % de los 150 inversores implicados en las demandas.*

8.

La mayoría de las demandas en el marco del TCE son controversias dentro de la UE, pero eluden los tribunales de la Unión.

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

9.

El TCE es propenso a ser objeto de abuso por parte de empresas pantalla o fantasma (mailbox companies),

que por lo general solo existen sobre el papel y se suelen usar para la evasión de impuestos y el lavado de dinero. Por ejemplo, 23 de los 24 inversores 'neerlandeses' que han presentado demandas en virtud del TCE* son empresas pantalla. Entre ellas, se

cuentan Khan Netherlands (utilizada por la compañía minera canadiense Khan Resources para demandar a Mongolia aunque Canadá ni siquiera es parte del TCE) e Isolux Infrastructure Netherlands y Charanne (ambas usadas por los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, dos de los españoles más ricos, para demandar a España). Dado que la definición de 'inversor' e 'inversión' que establece el Tratado es excesivamente amplia, los Estados pueden ser demandados por inversores de todo el mundo, incluso por sus propios ciudadanos.

10.

El TCE cada vez está siendo más utilizado por inversores financieros especulativos,

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

11.

El TCE es una herramienta poderosa en manos de grandes compañías de petróleo, gas y carbón para disuadir a los Gobiernos de efectuar la transición hacia la energía limpia.

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

12.

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

13.

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

14.

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

15.

Los financiadores de terceras partes cada vez están más consolidados en los arbitrajes celebrados en el marco del TCE. Estos fondos de inversión sufragan los gastos legales de las controversias entre inversores y Estados a cambio de un porcentaje del laudo o acuerdo

de partes. Es probable que esta dinámica alimente aún más el auge de los arbitrajes, incrementando el coste que deben asumir los Gobiernos, ya escasos de fondos, y haga que estos sean más propensos a ceder a las demandas de las empresas.

16.

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

17.

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

18.

Muchos países de todo el mundo están a punto de adherirse al TCE, lo cual amenaza con atarlos a unas políticas energéticas favorables a las grandes empresas. Jordania, Yemen, Burundi y Mauritania se encuentran en un estado muy avanzado del proceso de adhesión (ya están ratificando el Tratado internamente). El siguiente en la lista es Pakistán (donde el arbitraje sobre inversiones es controvertido, pero que ya ha sido invitado a acceder

al TCE), seguido de varios países en diferentes etapas de preparación de sus informes de adhesión (Serbia, Marruecos, Suazilandia — renombrado oficialmente como eSwatini en abril 2018—, Chad, Bangladesh, Camboya, Colombia, Níger, Gambia, Uganda, Nigeria y Guatemala). Muchos más países han firmado la Carta Internacional de la Energía, una declaración política no vinculante, pero que se considera el primer paso hacia la adhesión al Tratado de la Carta de la Energía, que sí es jurídicamente vinculante.

19.

Entre los posibles nuevos Estados signatarios del TCE predomina una falta de conciencia alarmante acerca de los riesgos políticos y financieros que entraña el Tratado.

Los funcionarios de ministerios con experiencia en la negociación de tratados de inversión y en la defensa de arbitrajes entre inversores y Estados prácticamente no están participando en el proceso, que está siendo dirigido por los ministerios de Energía. Este hecho resulta preocupante, pues muchos de estos países ya tienen una experiencia desastrosa con las demandas de inversores en el marco de otros acuerdos de inversión, que podrían multiplicarse si firman el TCE.

20.

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

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

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

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