



FACULTAD DE DERECHO

APROXIMACIÓN A LOS RECIENTES ARBITRAJES
CONTRA ESPAÑA EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Una mirada crítica al arbitraje de inversión

Autor: Ángel Federico Álvarez García

5º E3 A

Área de Derecho Internacional Privado

Tutor: Javier González Guimaraes-Da Silva

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

España se enfrenta a una de las sagas arbitrales más importantes, en cuanto a número de procedimientos y cantidad reclamada, de los últimos años. La abolición del marco regulador de las energías renovables establecido en 2007 dio lugar a una avalancha de demandas de inversores extranjeros contra el Reino de España.

El objetivo de este trabajo es abordar el arbitraje de inversión como una figura jurídica y luego hacer un análisis específico del caso español. La situación de déficit tarifario en el sector eléctrico, agravada por la crisis de las "subprime", obligó a España a poner fin al régimen eléctrico establecido en 2007, lo que, según los inversores afectados, constituía una violación del Tratado sobre la Carta de la Energía. Se trata de un interesante estudio de caso sobre los límites del derecho de regulación de los Estados y la norma del principio de trato justo y equitativo.

La posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los TBI en el reciente caso Achmea hace que el documento sea más complejo en lo que respecta a la fase de ejecución de los laudos.

PALABRAS CLAVE

Tratado sobre la Carta de la Energía, trato justo y equitativo, solución de controversias entre inversores y Estados, expectativas legítimas, energías renovables, derecho a regular.

ABSTRACT

Spain is facing one of the most important arbitration sagas, in terms of number of proceedings and amount claimed, in recent years. The abolition of the regulatory framework for renewable energies established in 2007 led to a flood of claims by foreign investors against the Kingdom of Spain.

The purpose of this paper is to approach investment arbitration as a legal figure and then make a specific analysis of the Spanish case. The situation of tariff deficit in the electricity sector, aggravated by the "subprime" crisis, forced Spain to put an end to the electricity regime established in 2007, which according to the investors concerned was a violation of the Energy Charter Treaty. This is an interesting case study of the limits of the right to regulate of States and the standard of the principle of fair and equitable treatment.

The ECJ's position on BITs in the recent Achmea case makes the paper more complex with regard to the enforcement phase of awards.

KEY WORDS

Energy Charter Treaty, fair and equitable treatment, investor-state dispute settlement, legitimate expectations, renewable energies, right to regulate.

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	8
2.1. Orígenes, necesidad y evolución del arbitraje.....	8
2.2. El concepto de arbitraje. Principales rasgos y tipos	12
2.3. Principales fuentes normativas del arbitraje de inversión	13
2.3.1. <i>Tratados bilaterales de inversión.....</i>	14
2.3.2. <i>Tratados multilaterales de inversión.....</i>	16
2.3.3. <i>Especial mención al mecanismo ante la CIADI</i>	18
3. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA	20
3.1. Orígenes y contexto	20
3.2. Protección a la inversión.....	22
3.2.1. <i>Trato Justo y Equitativo</i>	22
3.2.2. <i>Tratamiento de Nación más Favorecida</i>	24
3.2.3. <i>No expropiación</i>	25
3.2.4. <i>Cláusula Paraguas.....</i>	27
3.3. Régimen de resolución de disputas	28
3.3.1. <i>Resolución amigable</i>	29
3.3.2. <i>Arbitraje Inversor-Estado</i>	29
4. MARCO LEGISLATIVO DE ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA	31
4.1. Antecedentes al Real Decreto 661/2007	31
4.2. El Real Decreto 661/2007.....	32
4.4. Las primeras reformas en el sistema de energías limpias en España	35
4.5. El Real Decreto-Ley 9/2013: la supuesta infracción del TCE por parte de España	36
4.6. El intento de suavizar la reforma: el Real Decreto Ley 17/2019.....	38
5. REACCIÓN DE LOS INVERSORES AFECTADOS.....	38
5.1. Litigiosidad ante la jurisdicción española.....	38
5.2. Los arbitrajes promovidos contra el Reino de España con base en el TCE	41
5.2.1. <i>Charanne c. España</i>	42
5.2.2. <i>Isolux contra España.....</i>	43
5.2.3. <i>Eiser Contra España</i>	45
5.2.4. <i>El Futuro después de Eiser. El punto de inflexión en la saga de arbitrajes.....</i>	47
5.3. Fase de Ejecución de los Laudos. El incierto desenlace de los procedimientos tras la sentencia del TJUE sobre el caso Achmea	49
5.3.1. <i>Breve análisis del caso Achmea</i>	49
5.3.2. <i>La Declaración de los Gobiernos de los Estados Miembros de la UE.....</i>	50
5.3.3. <i>Implicaciones en los arbitrajes suscitados contra España en el ámbito del TCE.....</i>	51
(i) <i>La excepción intracomunitaria.....</i>	51
(ii) <i>La oposición a la ejecución de los laudos.....</i>	52
5.4. Valoración práctica de la sentencia Achmea al arbitraje de inversión y, en particular, a los laudos dictados bajo la TCE	53
6. CONCLUSIONES.....	54

7. BIBLIOGRAFÍA.....	57
7.1. Legislación	57
7.2. Jurisprudencia y laudos arbitrales.	59
7.3. Obras doctrinales y recursos de internet	60

LISTADO DE ABREVIATURAS

APPRIS: Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Art./Arts. Artículo/s.

CE: Constitución Española.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Convenio de Washington: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

FADE: Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico.

FIT: Feed-In Tariff.

FMI: Fondo Monetario Internacional.

NAFTA: North American Agreement on Tariffs and Trade.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

RAIPRE: Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial.

RD: Real Decreto.

RD-L: Real Decreto-Ley.

TBI: Tratado Bilateral de Inversión.

TCE: Tratado de la Carta de la Energía.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

TMI: Tratado Multilateral de Inversión.

UE: Unión Europea.

URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

P./pp. Página/s.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del trabajo es partir de una caracterización general del arbitraje de inversión, analizando sus características básicas y su funcionalidad, poniéndolo en el contexto del derecho económico internacional para después particularizar en el caso de los arbitrajes suscitados contra el Reino de España a raíz de los cambios regulatorios de 2013 y 2014 en el sector eléctrico español.

El trabajo persigue hacer un estudio somero del Tratado de la Carta de la Energía, en especial sobre aquellos aspectos más relevantes para comprender las cuestiones objeto de discusión en los laudos de los arbitrajes promovidos contra España.

Primero, se analizarán los estándares de protección que el Tratado brinda a los inversores y cuya vulneración por parte de los Estados da lugar a responsabilidad patrimonial por su parte, que los inversores pueden reclamar en procedimientos de arbitraje internacional.

Tras el análisis de las características más específicas del TCE se tratará el marco regulatorio español en materia de energías renovables. Dicho estudio partirá desde los antecedentes al Real Decreto 661/2007 hasta la eliminación total del régimen primado, instaurado por dicho Real Decreto.

El RD 661/2007 será tratado de forma exhaustiva por su importancia para el trabajo, pues es la norma más relevante en el diseño del régimen primado y, según las alegaciones de los inversores, constituyó un compromiso específico por parte del Reino de España hacia los inversores en instalaciones renovables.

Tras ello se abordará la derogación de dicho sistema, con especial atención en el Real Decreto-Ley 9/2013, que sirvió de fundamento principal de las pretensiones de los inversores que demandaron al Estado español.

Una vez vistos los cambios regulatorios que presuntamente constituyeron la vulneración por parte de España, se pasará al examen de los remedios legales de los agraviados por aquélla. Tras una breve mención a los litigios suscitados ante la jurisdicción española, se pasará a la evaluación de los laudos ya dictados. En particular, se hará análisis de tres laudos: Charane, Isolux y Eiser. En ellos se puede ver la tendencia inicial de los tribunales arbitrales y el punto de inflexión que la cambiaría.

Finalmente, no se soslayará la fase posterior al enjuiciamiento, y se verán las principales cuestiones en lo relativo a la fase de ejecución en relación con la célebre sentencia Achmea del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

2.1. Orígenes, necesidad y evolución del arbitraje

El comercio internacional es una actividad inherente a las sociedades y economías modernas. Al margen de las valoraciones intelectuales o académicas que se puedan hacer sobre él, es innegable que tiene una enorme presencia y un creciente protagonismo en el mundo actual, de cuya intensidad y dinamismo dependen en gran medida la riqueza de los países y sus ciudadanos¹.

Imprescindible para el florecimiento del comercio es un sistema de reparación del daño que los comerciantes incumplidores causan a los cumplidores, pues, de no existir, nadie se aventuraría a comerciar. Desde los albores de las relaciones comerciales, sus participantes han tratado de elaborar y perfeccionar dichos sistemas.

En la Baja Edad Media, los mercaderes comenzaron a construir un sistema jurídico al margen de los derechos impuestos por los señores feudales para gobernar sus transacciones con terceros sometidos a otros señoríos: la *lex mercatoria*. Es un claro antecedente al derecho comercial internacional. Se trataba de un derecho aplicado entre comerciantes y formado por los usos reiterados del comercio en el que la ley personal de los participantes era irrelevante. En 1475 el Chanciller de Inglaterra lo expresó claramente: “Los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, a la cual algunos llaman *Lex Mercatoria*, que es universal en el mundo²”

Uno de los elementos más significativos de este nuevo derecho era la existencia de un fuero judicial especial. Los comerciantes elaboraron un sistema de resolución de disputas informal, rápido y barato ante la inoperancia de la justicia de los monarcas en un contexto de fragmentación jurisdiccional. Los jueces eran elegidos con base en su grado de conocimiento de las relaciones comerciales y antecedentes como comerciante.

¹ Han sido muchos los académicos a lo largo de la historia que han argumentado que el comercio internacional genera riqueza. De hecho, de la defensa del mismo y de la oposición a las tesis mercantilistas (que caracterizaban el comercio internacional como un juego de suma cero en el que unos países se enriquecían a costa de otros) nace el liberalismo clásico como corriente de pensamiento.

² Castrogiovanni, R.M., “¿Cómo se estructura la ley mercatoria?” Recuperado de <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>

Sin duda alguna la Lex Mercatoria constituyó un importante antecedente del derecho comercial internacional³ y el arbitraje internacional como sistema de resolución de disputas al margen de los órganos jurisdiccionales estatales.

Otros antecedentes más cercanos del arbitraje de inversión se encuentran en los Estados Unidos. Hay fuentes que prueban que, ya en la época colonial, en 1632, el Estado de Massachusetts adoptó el arbitraje como medio de resolución de disputas⁴.

Quizá el hito más importante en la historia de los orígenes del arbitraje, y especialmente para el que aquí nos ocupa, el de inversión, es la firma del Tratado Jay entre los recién independizados Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794, cuyo objeto era el de servir como vía alternativa a la judicial para la resolución de conflictos entre ambos Estados, bien de naturaleza fronteriza, deudas u otro tipo de disputas⁵.

La Conferencia de La Haya de 1899, convocada a instancias del Zar Nicolás II, fue el siguiente paso en el proceso de consolidación del arbitraje. La Conferencia aprobó un convenio para la resolución pacífica de los conflictos internacionales y estableció un Tribunal Permanente de Arbitraje. Dicho Tribunal no era, pese a su nombre, permanente, sino que era un conjunto de reglas para la constitución de un Tribunal de Arbitraje cuando surgiera un conflicto internacional⁶.

Este órgano es el predecesor del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de Naciones, que a su vez es el embrión indiscutible de la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial de la ONU.

Podemos afirmar que la consolidación del arbitraje entre Estados es un hecho precursor del arbitraje Inversor-Estado, pues ambos nacen de tratados internacionales en que los Estados deciden someterse a estos procedimientos de resolución de disputas y renunciar a su derecho a la inmunidad de jurisdicción y ejecución.

En 1945, tras el conflicto, las potencias aliadas buscaron imponer su orden económico⁷. Dicha voluntad cristalizó en los Acuerdos de Bretton Woods⁸, que sentarían las bases del

³ De hecho, muchos autores hablan hoy de “la nueva lex mercatoria” en alusión a los principios y usos del comercio internacional que son reconocidos por la doctrina.

⁴ Certilman, S.A., “A Brief History of Arbitration in the United States” (2010) p. 10.

⁵ Meshel, Tamar. "225 Years to the Jay Treaty: Interstate Arbitration Between Progress and Stagnation." (2019) Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3360188

⁶ Castillo Argañarás, L. "La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la solución de controversias espaciales y su impacto en la sociedad internacional." (2013)., p. 9.

⁷ Fundamentalmente Reino Unido y EE. UU., que persiguieron la instauración de un sistema poco intervencionista e internacionalista.

⁸ PELÁEZ SANZ, FJ y GRIÑÓ TOMÁS, M., “La nueva ley española de 23 de diciembre sobre arbitraje”, El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad, Bosch Formación, 2009, p.23.

sistema económico de los años próximos. Dentro de los Acuerdos destacan la creación del FMI y del Banco Mundial, así como el establecimiento del patrón oro-dólar, que sería definitivamente abandonado por Nixon en 1973.

La aproximación a la ordenación del comercio de los Acuerdos era claramente multilateralista. El multilateralismo fue la solución propuesta para el abandono de las desavenencias diplomáticas y los problemas políticos y dotar al comercio internacional de un marco regulatorio adecuado.

La principal consecuencia jurídica de esta vía es el afianzamiento de la cláusula de nación más favorecida⁹, que implica la conculcación de la discriminación a los inversores por parte de los Estados receptores de dichas inversiones o, en general, todo tipo de discriminación a una contraparte comercial¹⁰.

También implica el multilateralismo un cierto compromiso de los Estados a la liberalización de los mercados y la remoción de obstáculos, dentro de su legítimo derecho a regular.

Tras la adopción del espíritu y filosofía a seguir, el próximo paso fue la constitución de un organismo internacional multilateral que coadyuvara a la consecución de los objetivos propuestos. Tras el fracaso de la Carta de la Habana en 1947, nació la Organización Mundial del Comercio (OMC¹¹), cuyos principales cometidos son la supervisión de las medidas económicas, ser foro para la mediación de controversias y prestar asesoramiento a Estados en vías de desarrollo.

Este fue el proceso que permitió el nacimiento del Derecho Internacional Económico¹², una rama cuyo objeto es la ordenación de las relaciones comerciales con elementos transfronterizos, que trata de aportar la mayor certidumbre y seguridad jurídica a los agentes mercantiles a través de un marco regulatorio adecuado y un buen sistema de resolución de controversias.

A todo jurista que escuche este proceso de expansión de las empresas hacia nuevas jurisdicciones se le ocurrirán una retahíla de potenciales problemas jurídicos dimanantes de la realización de operaciones comerciales en otros ordenamientos.

⁹ *Ibid.*, p. 25.

¹⁰ La cláusula persigue que todos los actores que se relacionan comercialmente con los operadores económicos de una jurisdicción tengan el mismo marco regulatorio por parte de esa jurisdicción.

¹¹ o “WTO”, por sus siglas en inglés.

¹² PELÁEZ SANZ, FJ y GRIÑÓ TOMÁS, M., *op. cit.*, p. 29.

Y, es más, los comerciantes no sólo necesitan un sistema de solución de disputas, sino que ha de ser ágil, flexible y lo menos costoso posible para no paralizar su actividad, algo que la justicia ordinaria de los tribunales estatales no siempre garantiza.

Así, se hizo imperante desarrollar un sistema alternativo al judicial para solucionar las disputas que pudieran surgir en una transacción de carácter internacional, ya que aquél tiene evidentes inconvenientes en un contexto en el que las partes se encuentran en jurisdicciones con distintos sistemas jurídicos y entornos culturales, lingüísticos e históricos diversos, fundamentalmente, la desconfianza por parte de la parte extranjera en la imparcialidad del órgano juzgador¹³.

La conveniencia de una vía heterocompositiva que permitiera mayor libertad a las partes en el diseño del procedimiento era innegable. Así, el arbitraje internacional se erigió como herramienta fundamental para los actores del comercio transfronterizo, ya que sus características lo hacen más apropiado para éstos que los órganos jurisdiccionales: goza de mayor agilidad y flexibilidad, es menos complejo, los costes son menores, los árbitros tienen menores restricciones a la hora de aplicar derecho material y se encuentran en una situación de mayor independencia, en tanto que no están vinculados a los Estados donde se tramitan los procesos, y, si las partes lo desean, puede ser completamente confidencial¹⁴.

En definitiva, la evolución del derecho comercial internacional ha llevado aparejada el desarrollo de un sistema heterocompositivo no jurisdiccional de resolución de disputas, de suscripción voluntaria por las partes (normalmente emana de una cláusula contractual de sumisión¹⁵), privado, confidencial, y que por su carácter abierto y no constrictivo para las partes resulta muy adecuado para el comercio internacional¹⁶.

¹³ Al margen de los grandes avances en armonización del Derecho Internacional Privado, no deja de ser una materia estatal que varía dependiendo de la jurisdicción, y nunca podrá dar el mismo nivel de certidumbre a los intervinientes en una transacción que un procedimiento diseñado a medida y sobre el que haya consentimiento con respecto al foro, ley aplicable, recursos...

¹⁴ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad cotizada que teme que la publicidad propia del proceso jurisdiccional perjudique la cotización de sus acciones, o le cause daño reputacional.

¹⁵ La Sociedad Española de Arbitraje propone la siguiente fórmula: "Las partes intervinientes, con renuncia expresa de su fuero propio o del que pudiera corresponderle, acuerdan someterse para cuantas cuestiones pudieran derivarse de la interpretación, aplicación o ejecución del presente contrato al arbitraje de la Sociedad Española de Arbitraje, que tendrá lugar conforme su reglamento y estatutos, comprometiéndose a cumplir la resolución que recaiga en el mismo".

¹⁶ El principal temor de las partes en un proceso internacional es tener que someterse a la jurisdicción del Estado de su contraparte, el arbitraje ofrece la posibilidad de litigar en un entorno neutral.

2.2. El concepto de arbitraje. Principales rasgos y tipos

Podemos definir el arbitraje, tal y como se ha anticipado en el apartado anterior, como un sistema de solución de controversias no judicial en el que las partes, ejerciendo su autonomía de la voluntad, deciden someter su disputa a un árbitro o tribunal arbitral, para que la resuelva de acuerdo con unas normas procesales y materiales también establecidas libremente por aquéllas. La libre voluntad de las partes de acogerse a este sistema es imprescindible, ya que no puede haber un procedimiento arbitral si éstas no consienten someterse a dicho proceso.

Si bien el arbitraje es un instrumento de derecho principalmente privado, en el arbitraje de inversión se encuentran elementos de derecho público, en tanto que en él participan Estados y otros sujetos que ejercen funciones públicas¹⁷.

El arbitraje de inversión es un tipo específico de arbitraje en el que las partes son, de un lado un inversor extranjero y, de otro, el Estado de acogida de su inversión. Su proliferación se debe en gran medida a la desconfianza de los inversores en los tribunales de los Estados en los que llevan a cabo sus inversiones y la posible parcialidad de éstos. El arbitraje ofrece un foro neutral para ambos y ese es su principal atractivo.

El consentimiento de los Estados a someterse a arbitrajes de este tipo se encuentra principalmente en tratados internacionales cuya tipología se analiza en el apartado

El arbitraje se puede clasificar en función de muchos criterios. Las partes pueden decidir resolver sus disputas a través de arbitrajes institucionales o ad hoc. En los primeros, las normas que rigen el proceso (selección de árbitros, determinación de audiencias, costes...) son las dispuestas por el reglamento de la institución. En los ad hoc, en cambio, las partes diseñan el procedimiento completamente a medida según sus necesidades específicas.

Pero quizá la división más nítida quizá sea la existente entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión.

En el ámbito del arbitraje, el término comercial no ha de ser interpretado a la luz del concepto de mercantilidad del derecho material de ninguna jurisdicción¹⁸, sino que se

¹⁷ La presencia del derecho público en el arbitraje de inversión es notable. En primer lugar, los Estados normalmente manifiestan su consentimiento a someterse a arbitraje en instrumentos de derecho público como convenios y tratados internacionales. Asimismo, desde un punto de vista de derecho material de inversiones, la función pública es muy tenida en cuenta. Por ejemplo, uno de los estándares para evaluar si una reforma legislativa vulnera los derechos de un inversor es si el Estado persigue con ella fines de interés público.

¹⁸ De hecho, la ley modelo de UNCITRAL no hace distinción alguna entre el arbitraje comercial y civil, y añade que el término comercial debe ser interpretado de forma amplia

refiere a todo arbitraje entre empresas que tenga por objeto una disputa de naturaleza económica¹⁹. Por el contrario, el arbitraje de inversión se refiere a aquellos arbitrajes llamados a resolver las controversias surgidas entre las empresas que realizan una inversión directa en un Estado extranjero (inversores) y los Estados receptores de dichas inversiones. Si los arbitrajes comerciales emanan de una cláusula de sumisión suscrita por las partes, los arbitrajes inversor-Estado surgen de un tratado de inversión, ya sea bilateral o multilateral. El arbitraje de inversión supone una vía para la resolución de un tipo de conflictos que, con anterioridad a su existencia, exigían intervención diplomática o incluso militar.

En esta línea, tal y como se ha señalado en el epígrafe precedente, el arbitraje de inversión no es una institución estrictamente de derecho internacional público ni privado, sino que existen confluencias de ambas. El profesor Zachary Douglas abordó la naturaleza híbrida de los tratados de inversión y subrayó la superposición de las dos ramas del Derecho Internacional en el procedimiento arbitral: “Los tratados de inversión son instrumentos internacionales entre Estados que se rigen por el derecho internacional público de los tratados [...] Las normas de protección están fijadas por un tratado internacional, pero se dice que la responsabilidad por su incumplimiento da lugar a un laudo "civil o comercial" a efectos de ejecución. Incluso esta apreciación superficial de las diferentes relaciones y categorías jurídicas que surgen del régimen del tratado de inversión es suficiente para revelar su carácter híbrido o *sui generis*”²⁰.

Los inversores que se someten a este tipo de arbitrajes suelen ejecutar grandes proyectos en términos de infraestructura y capital y persiguen protección frente a la amenaza de que cambios políticos o legislativos en los Estados receptores perjudiquen sus intereses²¹.

2.3. Principales fuentes normativas del arbitraje de inversión

En este apartado se pretende analizar los principales instrumentos a través de los cuales los Estados acceden a someterse a procedimientos de arbitraje. Ya se ha mencionado que

¹⁹ Fouchard, Philippe, and Berthold Goldman. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. Kluwer Law International BV, 1999. p. 35.

²⁰ Douglas, Z. "The hybrid foundations of investment treaty arbitration." British year book of international law 74.1 (2003)., p.152. (traducción propia) Recuperado de https://is.muni.cz/el/1422/podzim2017/MVV57908K/um/1st_seminar/British_Yearbook_of_International_Law-2004-Douglas-151-289.pdf

²¹ Es bastante habitual que grandes corporaciones de ciertos sectores (como por ejemplo el extractivo) lleven a cabo proyectos en países políticamente inestables o cuyas instituciones judiciales no ofrecen las mayores garantías. Por ello, para los inversores es fundamental contar con un método de litigación imparcial y que se lleve a cabo en una sede neutral.

el arbitraje requiere de un sometimiento expreso de las partes a arbitrar su disputa siguiendo esta vía.

La práctica totalidad de los arbitrajes de inversión se pueden atribuir a tratados internacionales de promoción de inversiones, bien bilaterales o multilaterales²².

El convenio de Washington merece mención separada por su importancia en el mundo del arbitraje de inversión pese a no ser una fuente en sentido estricto, pues no es posible para un inversor iniciar un arbitraje alegando que el Estado ha ratificado este tratado. El convenio de Washington creó el mayor foro de arbitraje de inversión del mundo en la actualidad y estableció unas normas procesales propias que, dado el impacto del Convenio, tienen especial interés.

El presente apartado pretende hacer un estudio de las principales características de cada uno de los convenios citados.

2.3.1. Tratados bilaterales de inversión

El crecimiento de los tratados bilaterales de inversión es una de las razones del reciente florecimiento de los arbitrajes CIADI, pues muchos de ellos contienen cláusulas de sometimiento a dicha institución como método de resolución de disputas.

Los tratados bilaterales de inversión son convenios suscritos por dos Estados en los que se dotan de unas condiciones recíprocas a la hora de regular las inversiones entre ambos. Como es lógico, los tratados bilaterales se negocian de forma individual y cada uno es distinto, pues trata de ajustarse a las necesidades específicas de los suscribientes en un momento determinado.

Sin embargo, es posible enunciar los contenidos más comunes que se suelen encontrar en estos convenios²³:

- Trato justo y equitativo: El Estado que recibe la inversión se obliga a mantener un entorno adecuado y estable de acuerdo con las expectativas razonables de los inversores. No deja de ser un concepto jurídico indeterminado cuya esencia es proveer de seguridad jurídica a los inversores extranjeros con unos estándares de

²² Nótese que es extremadamente inusual que un Estado negocie condiciones con un inversor a través de un contrato ad hoc por razones de eficiencia (únicamente sería entendible si el inversor o la inversión reúnen características excepcionalmente importantes para el Estado anfitrión).

²³ *Ibid.*

protección, derivados de la combinación de varias cláusulas y sujetos a mecanismos arbitrales que garantizan su eficacia²⁴.

- Protección y seguridad: El inversor ha de gozar de seguridad ante la posibilidad de sufrir daños físicos en sus instalaciones o sus trabajadores.
- Protección ante expropiaciones o nacionalizaciones: La expropiación de un establecimiento de un inversor extranjero debe atender a motivos de utilidad pública y ha de ser indemnizada justamente. Muchos tratados incluyen la famosa “cláusula Hull”²⁵, que lleva el nombre de quien la pronunció por primera vez, el ínclito Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cornell Hull, en respuesta a las nacionalizaciones de empresas americanas por parte del Estado Mexicano en 1917. Dicha cláusula dispone que el inversor cuya propiedad es confiscada tiene derecho a recibir una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (prompt, adequate and effective), soliendo interpretarse como compensación plena, por el total del valor del establecimiento expropiado.
- Tratamiento nacional: El Estado anfitrión no deberá incurrir en discriminación a inversores extranjeros.
- Nación más favorecida: El Estado anfitrión deberá garantizar a los inversores extranjeros el mismo trato que a los domésticos, aunque se suelen prever excepciones para industrias estratégicas.
- Libertad de circulación capitales: Prohibición de medidas en que el Estado receptor impida la repatriación de los fondos al país del inversor o a otros Estados. Busca acabar con situaciones como la que se dio en Argentina a raíz del llamado “corralito” en 2001.
- Cláusulas “paraguas”²⁶: Están llamadas a ampliar el objeto material que el inversor puede someter a arbitraje. Se cree que la primera se incluyó en el tratado de protección de inversiones entre Alemania y Pakistán de 1959. Las cláusulas paraguas típicas tratan de ampliar las obligaciones que pueden constituir un

²⁴ Pastor Palomar, Antonio. "Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España." REDI 58 (2006): 271. p. 275.

²⁵ Nikiéma, Suzy H. "Compensation for expropriation." International Institute for Sustainable Development, Winnipeg (2013). p. 9.

²⁶ de Lucas, J. "Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS." Journal of Globalization, Competitiveness & Governability/Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad/Revista de Globalização, Competitividade e Governabilidade 10.2 (2016): 100-113.

incumplimiento del tratado. Así, en lugar de establecer que “cada parte ha de observar las obligaciones a las que se ha vinculado expresamente y por escrito por medio de este convenio”, dispondría que “cada parte ha de observar las obligaciones contenidas en este convenio y cualquiera otras en relación con la inversión”. Claramente se trata de ampliar las causas de incumplimiento, lo que se hace con la intención de reforzar la cobertura a los inversores, de manera que cualquier incumplimiento de otra obligación asumida extramuros del convenio, pero relativa a la inversión, constituiría así un incumplimiento del tratado mismo y se podría discutir en sede arbitral. No obstante, la jurisprudencia no es pacífica, y estas cláusulas, en la práctica, no otorgan una certeza total de que vayan a ampliar la protección al inversor.

Cabe señalar que muchos TBI exigen el agotamiento de vías previas antes de comenzar el procedimiento arbitral, como negociaciones o mediaciones, o la obligación de acudir primero a los tribunales domésticos del Estado anfitrión. Otros TBI brindan una serie de alternativas: arbitraje CIADI o en otras instituciones, arbitraje ad hoc, la vía judicial... Normalmente estos tratados disponen que cuando se opta por una opción, las demás dejan de estar disponibles para el inversor.

2.3.2. Tratados multilaterales de inversión

Los Tratados Multilaterales de Inversión prevén sistemas de resolución de disputas similares a los Bilaterales, destacando los arbitrajes CIADI, pero también se prevén otras instituciones, pues a menudo se opta por foros alternativos a elección del actor.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) prevé que todo inversor podrá instar un arbitraje CIADI si ambas partes son suscribientes del Convenio. No obstante, dicha disposición queda vaciada de contenido en tanto que de los tres Estados parte de NAFTA (Canadá, EEUU, Méjico y) tan sólo Estados Unidos ratificó el convenio CIADI, por lo que, a día de hoy, no es posible arbitrar una disputa surgida en el seno del marco obligacional NAFTA en la institución CIADI.

Hay muchos otros TMI relativos a muy diversas industrias, como la Carta de la Energía, que será abordada ampliamente en el siguiente punto, pero resulta especialmente oportuno el tratamiento del llamado Acuerdo Multilateral sobre Inversiones.

El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones²⁷ es un fallido tratado que pretendía dotar las inversiones directas de un marco regulatorio universal. En esencia, se buscaba generalizar las provisiones típicas de un tratado bilateral de inversión (i.e. cláusula de nación más favorecida o tratamiento nacional) promoviendo la certidumbre, estabilidad y seguridad jurídica para los inversores de forma global.

Las negociaciones, mantenidas entre los Estados integrantes de la OCDE entre 1995 y 1998, resultaron finalmente infructuosas, en parte debido a la feroz y ruidosa oposición a las que se tuvieron que enfrentar, provenientes en su mayor medida de amplios sectores de la sociedad civil con tendencias ideológicas anti-mercado y por Estados en vías de desarrollo²⁸. El perseguido fin de garantizar una protección global a los inversores ante la inestabilidad política y regulatoria fue presentada como el intento por establecer suerte de constitucionalismo privado o empresarial que mermaría la capacidad de los Estados de regular en aras del bien común de sus ciudadanos²⁹.

En lo relativo a la resolución de controversias, el tratado preveía mecanismos Estado-Estado e inversor-Estado. En atención a las segundas, el texto preveía el previo recurso a la mediación o la conciliación, y si la disputa persistiera, establecía un sistema de vías alternativas por las que el inversor puede optar, a saber³⁰: (i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en la controversia; (ii) a cualquier procedimiento de solución de controversias acordado antes de que se plantee la controversia; o (iii) a arbitraje, de conformidad con el presente artículo bajo las siguientes reglas o procedimientos:

- (i) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio del CIADI"), si el Convenio del CIADI está disponible; o
- (ii) El Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("Mecanismo Complementario del CIADI"), si el Mecanismo Complementario del CIADI está disponible; o

²⁷ Lander, E. "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El capital diseña una constitución universal." *Estudios Latinoamericanos* 6.11 (1999): 77-104. cfr.

²⁸ Pronto se le asignó al texto el muy despectivo calificativo de "neoliberal", por disposiciones como la que pretendía extender el privilegio de tratamiento nacional a toda privatización de un sector.

²⁹ Muchlinski, Peter T. "The rise and fall of the multilateral agreement on investment: where now." *Int'l L.* Vol. 34. 2000. p. 1033. cfr.

³⁰ Texto consolidado AMI. pp. 63-70.

- (iii) Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"); o
- (iv) El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI").

2.3.3. Especial mención al mecanismo ante la CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones³¹, es una institución autónoma estrechamente vinculada al Banco Mundial creada en 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido como el Convenio de Washington. Este foro de resolución de disputas fue promovido para promocionar la inversión extranjera y hoy en día juega un papel importante en la comunidad inversora internacional.

Esta institución cuenta con su manual de reglas sobre el procedimiento arbitral y de conciliación. Para que un asunto pueda ser tramitado en el CIADI se exigen tres requisitos³²: en primer lugar, ambas partes han de haberse sometido a un arbitraje en CIADI³³, una de ellas ha de ser un Estado que haya ratificado la convención y la otra una persona jurídica de otro Estado diferente que también la haya ratificado. Por último, la disputa ha de ser relativa a una inversión.

Conviene hacer una aclaración en lo tocante al consentimiento, pues el hecho de que un Estado sea parte de la convención no implica automáticamente que haya consentido someterse a un arbitraje CIADI, sino que ha de probarse dicho consentimiento a través de una cláusula de arbitraje en un tratado de inversión (bilateral o multilateral), en su legislación nacional o en un contrato celebrado con el inversor.

Entre las características de los arbitrajes CIADI, destaca la total desconexión de la ley aplicable y el lugar de establecimiento del tribunal arbitral³⁴ (fórum y ius). No sorprende, pues se trata de una necesidad en un arbitraje de inversión: por un lado, no es muy común que los Estados acepten someterse a la legislación de otro país y, por el otro, los inversores se mostrarían totalmente reacios (y con razón) a litigar de acuerdo con las leyes de su contraparte.

Los laudos recaídos en arbitrajes CIADI no son revisables por tribunales domésticos, el propio Centro tiene un procedimiento de recurso devolutivo. Las apelaciones son

³¹ También conocido como ICSID, por sus siglas en inglés.

³² Moses, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2017. P. 236.

³⁴ *Ibid.*

conocidas por un “tribunal ad hoc”, integrado por tres miembros nombrados por el presidente del Consejo Administrativo. El tribunal no puede modificar materialmente el laudo, únicamente tiene potestad para confirmarlo o anularlo total o parcialmente. Tampoco se le permite al tribunal ad hoc entrar al fondo del asunto, pues las causas tasadas de anulación, contenidas en el artículo 52 del Convenio, son:

- a. que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- b. que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- c. que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- d. que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- e. que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

En lo concerniente al reconocimiento y ejecución del laudo, el artículo 54 del Convenio dispone que los laudos dictados de acuerdo con éste serán obligatorios en los Estados contratantes. Añade que se darán a las condenas pecuniarias impuestas por los laudos el mismo tratamiento que a una sentencia firme dictada por un tribunal doméstico.

Procede tratar la cuestión de los laudos con condenas no dinerarias. El convenio les otorga fuerza imperativa y, por ende, reconocimiento, pero no ejecución automática, como sí concede a las condenas dinerarias. La ejecución de aquéllos se regirá por el Convenio de Nueva York de 1958³⁵ o por otro convenio que resulte aplicable al caso.

No obstante, es pertinente matizar el alcance de la expresión “ejecución automática”, ya que el hecho de que el Convenio otorgue ejecución a los laudos con condenas monetarias³⁶ no implica que las normas domésticas relativas al tratamiento de títulos ejecutivos (sentencias, laudos, acuerdos de mediación...) queden virtualmente derogadas por las disposiciones de aquél. Así, el artículo 55 establece: “Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”

Por tanto, no cabe duda de que a pesar de que la ejecución misma de los laudos, por mucho que su carácter sea imperativo ex artículo 54, estará gobernada por la ley doméstica de la jurisdicción donde se inste la ejecución. En este punto la inmunidad de

³⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

³⁶ El Convenio establece: “Todo Estado Contratante [...] hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo”

jurisdicción se hace fundamental, pues muchos Estados en sus legislaciones explicitan que una renuncia a la inmunidad para el sometimiento a un procedimiento arbitral no implica la renuncia a la inmunidad para la ejecución del laudo recaído en aquél³⁷.

Los inversores incómodos ante la posibilidad de que los laudos se vean reducidos a papel mojado por la jurisdicción del Estado receptor pueden negociar con éste una renuncia específica a la inmunidad de ejecución contra sus bienes³⁸. Finalmente, si no se obtiene dicha renuncia y el Estado receptor no ejecuta el laudo, el Estado donde se encuentre domiciliado el inversor puede demandar al primero ante la Corte Internacional de Justicia ex artículo 64.

Finalmente, en cuanto a la publicidad, conviene recordar que la información relativa a los procedimientos arbitrales internacionales es, por lo general, confidencial, mas cabe la posibilidad de que, si ambas partes consienten, se publique en la página web de CIADI. La realidad es que, hoy en día, la mayoría de los laudos CIADI están disponibles al público.

3. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

3.1. Orígenes y contexto

En la década de los noventa, los países del ya muy decadente bloque soviético, muchos de ellos ricos en términos energéticos, tenían una gran necesidad de inversión foránea para dinamizar y modernizar su infraestructura. Mientras, en Occidente, muchos Estados tenían interés en acceder a nuevos mercados de Energía para diversificar sus fuentes de suministro y reducir su dependencia de otros Estados.

Esta necesidad mutua resultó en una cooperación entre países de Europa y Asia con la finalidad de una apertura paulatina de los mercados energéticos³⁹.

En esta línea, el principal factor que impulsó la cooperación energética y la ulterior creación del TCE fue el final de la Guerra Fría y la disolución de la URSS, y el abandono de los Estados resultantes de dicha disolución -las antiguas repúblicas soviéticas- de la cerrazón a los mercados internacionales energéticos y su proyecto autárquico⁴⁰

³⁷ Moses, Margaret L. op. cit. p. 237

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Hobér, K. Investment arbitration and the energy charter treaty. *Journal of International Dispute Settlement.* (2010). I(1), p. 154-156. Recuperado de <https://academic.oup.com/jids/article-abstract/1/1/153/879372>

⁴⁰ Sussman, E. "The Energy Charter Treaty's investor protection provisions: potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 14 (2007).p, 391-392.

Los orígenes del Tratado se remontan a la Carta Europea de la Energía en 1991, un documento que en el momento de su redacción y aprobación no tenía carácter vinculante para sus signatarios sino meramente diplomático o político. Dicha declaración fue el embrión del Tratado de la Carta de la Energía, celebrado en 1994. De los firmantes de la Carta, Estados Unidos y Canadá fueron los únicos Estados que no ratificaron el posterior Tratado.

A día de hoy, el Tratado ha sido ratificado por 54 Estados⁴¹ (56 firmantes, incluyendo la UE y el Euratom) y establece un marco multilateral que promueve la cooperación energética por medio de mercados abiertos y competitivos que asimismo respeten el desarrollo y la soberanía de los recursos de los Estados.

En el panorama energético, el TCE es una rara avis, pues no existe ningún otro convenio multilateral en la materia⁴². La mayoría de los demás tratados internacionales sobre la Energía son bilaterales y, de carácter regional, y suelen tratar una fuente de energía específica⁴³. Si bien es cierto que existen tratados multilaterales en materia de energía nuclear, no son comparables al TCE ni de relevancia para este trabajo, en tanto que no persiguen la promoción de la inversión ni favorecer las relaciones comerciales, sino que responden a intereses de seguridad internacional -al margen de que el TCE excluye la energía nuclear-⁴⁴.

Si bien, como se apunta en líneas anteriores, los miembros de TCE se encontraban en una situación de complementariedad de intereses y probablemente habría florecido la inversión sin el Tratado, éste supuso un vehículo apropiado para la proliferación de las relaciones comerciales de los Estados y otorgó seguridad y certidumbre a los inversores, fundamental en materia energética, a la luz de las grandes inversiones iniciales y largos periodos de recuperación del capital,

Dada la preocupación tanto política como social que existe acerca del cambio climático y la reducción de las emisiones de gases contaminantes, y teniendo en cuenta que el TCE

⁴¹ Afganistán, Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belorusia, Bélgica, Bulgaria, Bosnia Herzegovina, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Japón, Jordania, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mongolia, Montenegro, Holanda, Macedonia, Noruega, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Reino Unido, Uzbekistán y Yemen.

⁴² Sodupe, Kepa, and Eduardo Benito. "Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía." *Anuario Español de Derecho Internacional* 16 (2000)., p. 430.

⁴³ Un ejemplo es el Tratado Franco-Paquistaní sobre Energía Atómica de 2009.

⁴⁴ Quizá el más claro ejemplo es el Tratado de no Proliferación Nuclear de 1968, cuyo fin era frenar la expansión de las armas nucleares.

es el único convenio multilateral en materia de energía, procede hacer una mención al respecto.

Así, hay quienes han subrayado la importancia del TCE en la lucha contra el cambio climático y la modernización de las instalaciones de producción eléctrica en todo el mundo, así como favorecer un desarrollo energético seguro y sostenible en los países en vías de desarrollo⁴⁵. Si bien no hay un objetivo explícito del Tratado de promover las fuentes de energías limpias y la sostenibilidad energética, todas ellas quedan dentro del marco del mismo, y pueden ser el cauce idóneo para que éstas se consigan. Son los Estados los responsables de trabajar sobre el texto para adecuarlo a las necesidades energéticas de cada momento, pero el hecho de que exista un instrumento multilateral en la materia constituye de por sí un avance nada desdeñable.

3.2. Protección a la inversión

El tratado tiene cuatro grandes pilares que a su vez constituyen objetivos⁴⁶:

1. La protección de las inversiones extranjeras.
2. La implantación de medidas no discriminatorias para el comercio de materiales, productos y equipos relacionados con la energía basadas en las normas de la OMC, así como garantizar flujos de tránsito transfronterizos fiables a través de oleoductos, redes y otros medios de transporte.
3. La solución de controversias entre los Estados participantes y, en el caso de las inversiones, entre los inversores y los Estados anfitriones.
4. La promoción de la eficiencia energética, y los intentos de reducir al mínimo el impacto ambiental de la producción y el uso de la energía.

3.2.1. Trato Justo y Equitativo

El Tratado reconoce los estándares de protección habituales en los tratados bilaterales de inversión abordados en el apartado 2.3.1. del presente trabajo, los llamados “estándares de protección”.

En efecto, se garantizan el trato justo y equitativo, protección y seguridad de las inversiones (art. 10 TCE), protección ante expropiaciones (art. 13 TCE), trato nacional y nación más favorecida⁴⁷.

⁴⁵ Sussman, E., op. cit., p. 400-404.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Tratado de la Carta de la Energía Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994. En el BOE núm. 117, de 17/05/1995.

En cuanto al trato justo y equitativo, de la lectura del artículo 10.1 del Tratado no se desprende que el alcance de dicho principio difiera de su sentido ordinario en el derecho internacional de inversión. No existen aclaraciones o cláusulas que amplíen la protección a los inversores.

Es pertinente recordar el carácter indeterminado del término, y por ende la posible variabilidad en su interpretación. En suma, un estándar así solamente puede ser abordado caso a caso. A este respecto, resultan ilustrativas las declaraciones del tribunal a raíz del arbitraje suscitado por la empresa CMS Gas Transmission Company contra Argentina: “[T]he Committee would only note that the fair and equitable standard has been invoked in a great number of cases brought to ICSID arbitration and that there is some variation in the practice of arbitral tribunals in this respect”⁴⁸.

Citando un laudo dictado dentro del marco del TCE, el recaído en el procedimiento arbitral entre la mercantil Masdar Solar y el reino de España: “A pesar de esas variaciones, el Tribunal no tiene duda alguna de que el FET constituye una norma cuya finalidad es asegurar que un inversor pueda confiar en que: i) el marco jurídico en el que se ha hecho la inversión no estará sujeto a modificaciones irrazonables o injustificadas; y ii) el marco jurídico no estará sujeto a modificaciones de manera contraria a los compromisos específicos contraídos con el inversor”⁴⁹.

No obstante, hay un aspecto dentro del concepto mismo de trato justo y equitativo de gran importancia para el derecho de inversión, y en particular para el objeto de este trabajo: el derecho a legislar de los Estados y su convivencia con la confianza legítima de los inversores en la estabilidad regulatoria. Parece que una cuestión de esta naturaleza no admite soluciones radicales, y que las posturas sincréticas se imponen.

Por un lado, no se puede pretender que los inversores puedan imponer a un Estado congelar ad aeternum toda legislación que pudiera afectar al entorno de sus inversiones. Por otro lado, cuando los Estados hacen compromisos específicos con los inversores, no es aceptable alegar el derecho a legislar para incumplirlos.

En el caso AES contra Hungría, el tribunal abordó el concepto de la siguiente forma: “Un marco jurídico está por definición sujeto a cambios, ya que se adapta a las nuevas circunstancias día a día y un Estado tiene el derecho soberano de ejercer sus poderes, que incluyen actos legislativos. Por lo tanto, determinar el alcance de las condiciones estables

⁴⁸ RL-57, CMS Gas Transmission Company c. Argentina, Caso ICSID N. ARB/01/8, Decisión del Comité Especial sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, n. 86

⁴⁹ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España, Caso ICSID N. ARB/14/1. Párrafo 483.

que un Estado debe fomentar y crear es una tarea compleja, ya que siempre dependerá de las circunstancias específicas que rodean la decisión del inversor de invertir y de las medidas adoptadas por el Estado en aras del interés público”⁵⁰.

En el caso Eiser contra España, el tribunal precisó: “A falta de compromisos explícitos extendidos directamente a los inversores y que garanticen que los Estados no cambiarán sus leyes o reglamentos, los tratados de inversión no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes reglamentarios para satisfacer la evolución de las circunstancias y las necesidades públicas”⁵¹.

La clave entonces es analizar si ha habido motivos para considerar que el inversor tenía una esperanza legítima de estabilidad legislativa en relación con algún aspecto de la inversión. Dicha legitimidad residirá en la existencia o no de compromisos por parte del Estado receptor. La interpretación de qué constituye un compromiso que vincule a los Estados anfitriones con respecto a sus inversores se reputa fundamental.

Existen dos líneas de pensamiento al respecto. La primera considera que un compromiso válido puede emanar de las disposiciones de las leyes nacionales de un Estado, mientras que la segunda entiende que es necesaria una declaración expresa y específica. Existen laudos manifestando ambas posturas. Esta disyuntiva será abordada más adelante con ocasión del análisis de los arbitrajes específicos promovidos contra España.

3.2.2. Tratamiento de Nación más Favorecida

El artículo 10.1 del Tratado prohíbe expresamente que los Estados proporcionen a los inversores "un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones derivadas de tratados". Esta primera cara del tratamiento nacional implica que los Estados tendrán que hacer extensible a los inversores protegidos por el TCE cualquier disposición de otro tratado o convenio que hayan asumido y que resultara más favorable que el régimen previo.

La segunda vertiente de la cláusula se recoge en el art.10.7, que estipula que las partes “concederán en su territorio a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes, así’ como a las actividades relacionadas con las mismas, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación,

⁵⁰ RL-39, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Er.mű Kft contra Hungría, Caso CIADI n°. ARB/07/22, laudo de 23 de septiembre de 2010.

⁵¹ Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. c. España, Caso CIADI n°. ARB/13/36, laudo de mayo de 4 de mayo de 2017 (de aquí en adelante “Eiser”), párrafos 266, 270-271.

de sus propios inversores o de los de cualquier otra Parte Contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable.”

Aquí se incluye también cualquier prebenda contenida en la legislación nacional y que beneficie a sus inversores nacionales o extranjeros. Esas prerrogativas también quedan cubiertas por la cláusula.

3.2.3. No expropiación

Un estándar de enorme relevancia en todo TBI. El principal miedo de los inversores al iniciar un proyecto en Estados políticamente inestables es el de ver su propiedad confiscada arbitrariamente y sin una indemnización adecuada, por lo que disposiciones de este tipo son imprescindibles para garantizar la seguridad y confianza del inversor.

El artículo 13.1 TCE, prohíbe expresamente las medidas de nacionalización, expropiación o de efecto equivalente, salvo que concurren motivos de interés público, no haya discriminación, se siga el procedimiento legal previsto y se asegure el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

Como ocurre en muchas ocasiones en el derecho de inversión, no es posible establecer apriorísticamente una frontera clara entre lo que constituye una expropiación legítima y una discriminatoria⁵². La jurisprudencia arbitral sobre el tema es profusa y cambiante.

La protección que la cláusula otorga a los inversores se extiende más allá de las expropiaciones strictu sensu, en las que se priva de la titularidad de un bien a su propietario legítimo. El concepto ha de ser interpretado de forma amplia. Especial interés para el sentido del trabajo tienen las llamadas “medidas de efecto equivalente”. De nuevo se presenta como contrapeso al derecho a regular de los Estados. La pregunta aquí es hasta qué punto un gobierno puede erosionar el valor de los bienes por medio de legislación para un propósito público legítimo sin que dicha regulación constituya una expropiación encubierta y tenga que indemnizar por ello⁵³.

Una vez más, la línea entre ambas es difusa, y tendrá que establecerse caso a caso.

⁵² La importancia de discernir entre ambas reside en que la mayoría de los académicos coinciden en que es la principal causa que determina la reparación monetaria. Vid. Dolzer, R. & SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law* 99–100 (2d ed. 2012); De Nanteuil, A. *Droit International De L’Investissement* 342–47 (2014); Marboe, I. *Calculation Of Compensation And Damages In International Investment Law*. 237 (2009)

⁵³ ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>

Sin embargo, se pueden identificar una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta por los tribunales. Entre ellos⁵⁴:

- La severidad del impacto económico de las medidas: Hay un amplio consenso acerca de la necesidad de que la medida deteriore la práctica totalidad del valor de una inversión para que sea considerada expropiación indirecta⁵⁵.
- La duración de la regulación: La jurisprudencia se ha mostrado reacia a reconocer expropiaciones indirectas cuando las medidas son temporales y dicha temporalidad está justificada. En el caso *Myers contra Canadá*, un arbitraje suscitado con motivo de una violación del TLCAN (NAFTA, por sus siglas en inglés) el tribunal afirmó que “en algunos contextos y circunstancias sería apropiado considerar una privación como equivalente a una expropiación, aunque fuera parcial y temporal”, pero concluyó que en el caso concreto no se había producido, porque la regulación de Canadá sólo “postergó una oportunidad”, pero no la eliminó⁵⁶.
- Propósito y contexto de las medidas: El objeto de la regulación será relevante a la hora de examinar si la medida da lugar a indemnización o no. Hay una serie de intereses cuya legitimidad está globalmente reconocida: cuando las medidas tengan como finalidad (y su implementación sea coherente con ella) la salud pública, la seguridad, la moral o el bienestar colectivo, las medidas no darán lugar a indemnización.
- Police Powers: La idea de que el ejercicio de los llamados "poderes de policía" del Estado no dará lugar a un derecho de indemnización ha sido ampliamente aceptada en el derecho internacional. Sin embargo, algunos consideran que la doctrina de los "poderes de policía" no es un criterio a tener en cuenta junto con otros factores, sino un elemento de control que exime automáticamente a la medida de cualquier deber de indemnización. Se trata de dos posturas doctrinales opuestas, claramente siendo la primera más favorable a los inversores y la segunda a los Estados⁵⁷. El Restatement

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Resultan aclaratorias las declaraciones del tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Starret contra Irán*: “El derecho internacional reconoce que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir en los derechos de propiedad hasta tal punto que esos derechos se vuelven tan inútiles que deben considerarse como expropiados, aun cuando el Estado no pretenda haberlos expropiado y el título legal de la propiedad permanezca formalmente en manos del propietario original”. *Starret Housing Corp. v. Iran*, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983).

⁵⁶ S.D. Myers, Inc. c. Canadá, 13 de noviembre de 2000, laudo parcial, 232.

⁵⁷ En mi opinión, no parece prudente afirmar que cuando un Estado legisle de acuerdo con sus “poderes de policía” no exista derecho a indemnización en ningún caso. Pensemos que un Estado asume expresamente un compromiso con una serie de inversores que los lleva a iniciar un proyecto de inversión en su territorio. Supongamos que al poco tiempo de que los inversores inicien sus proyectos, el Estado modifica radicalmente su legislación, haciendo esos proyectos ruinosos. Es difícil defender, por mucho que el Estado

tercero sobre Derecho de Relaciones Internacionales del American Legal Institute contiene un comentario llamado a asistir a los tribunales a la hora de diferenciar entre regulación válida y expropiaciones indirectas: “un Estado no es responsable de la pérdida de bienes o de la desventaja económica resultante de la legislación tributarias de buena fe, la confiscación por delito u otra acción del tipo que se acepta comúnmente como parte del poder de policía de los estados, si no es discriminatoria”⁵⁸.

El TBI modelo de EE. UU., que trata de dotar de seguridad jurídica y previsibilidad⁵⁹, recoge criterios explícitos para considerar una medida como expropiación indirecta:

1. "El impacto económico de la acción gubernamental, aunque el hecho de que una acción o una serie de acciones de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que se haya producido una expropiación indirecta;
2. La medida en que la acción del gobierno interfiere con expectativas distintas, razonables y respaldadas por la inversión; y
3. el carácter de la acción del gobierno".

En conclusión, no resulta sencillo distinguir entre cambios legislativos legítimos adoptados dentro del derecho a regular de medidas lesivas para los inversores que constituyen una violación de los compromisos, bien explícitos o implícitos, que los Estados hayan asumido con los inversores. Aún existiendo elementos y factores a valorar, la categorización dependerá de las singularidades de cada caso y de la interpretación que sobre ellas hagan los tribunales.

3.2.4. Cláusula Paraguas

El artículo 10, en su última frase, estipula: “Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.”

A simple vista parece una reafirmación del universal principio general *pacta sunt servanda*⁶⁰, y en parte así es, pero el párrafo tiene una virtualidad mayor, es una cláusula paraguas.

haya ejercido dentro del ámbito de sus “police powers” de acuerdo con la legalidad vigente, que los inversores no merecen ningún tipo de reparación.

⁵⁸ Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States,” American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712, Comment g.

⁵⁹ A pesar de dicha vocación, reconoce explícitamente que se requiere de un análisis casuístico basado en los hechos.

⁶⁰ KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T. “Energy Charter Treaty...”, (2010) págs. 534-535. Recuperado de <https://academic.oup.com/jids/article-abstract/1/1/153/879372>

Como ya se mencionó en el apartado acerca de los TBI, las cláusulas paraguas tratan, además de reforzar el carácter vinculante del convenio, de ampliar el ámbito de protección de los inversores. Estas cláusulas aumentan los posibles incumplimientos de los Estados anfitriones y, por ende, las causas por las que un inversor puede iniciar un procedimiento arbitral.

Una pregunta recurrente cuando se aborda el alcance de las cláusulas paraguas es si incluye conflictos entre inversores y empresas participadas públicamente o personas de derecho público. Dichas disputas tendrían en principio carácter comercial, pero la cláusula haría extensible a las mismas la protección del tratado y por tanto susceptibles de ser arbitradas de conformidad con las disposiciones del tratado⁶¹.

También podría argumentarse que la cláusula general del párrafo 1 del artículo 10, cuando se lee conjuntamente con el artículo 22, puede tener consecuencias de gran alcance en los contratos comerciales de venta de bienes, prestación de servicios, etc., que hayan sido celebrados por un inversor y una persona jurídica controlada o propiedad del Estado anfitrión. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 22, una empresa estatal del Estado receptor "... realizará sus actividades en relación con la venta o el suministro de bienes y servicios en su Zona de manera compatible con las obligaciones de la Parte Contratante en virtud de la Parte III del presente Tratado". A la luz del párrafo 1 del artículo 10, suponiendo una interpretación amplia de la cláusula general, se podría sostener que el Estado receptor puede llegar a ser responsable en virtud del Tratado (además de cualquier responsabilidad de la empresa estatal en virtud del acuerdo comercial) de una amplia gama de acciones u omisiones de las empresas estatales en el cumplimiento de los acuerdos de venta de bienes y prestación de servicios, etc.⁶²

3.3. Régimen de resolución de disputas

Para la salvaguardia de facto de los principios abordados, el Tratado incluye en los artículos 26, 27 y 28 un sistema de resolución de disputas basado en el arbitraje, bien entre firmantes (arbitraje Estado-Estado) o entre firmante e inversor de otro firmante (arbitraje Inversor-Estado).

Toda la arquitectura del modelo de resolución de disputas del Tratado persigue fundamentalmente la protección de las condiciones ecuanímes para los actores

⁶¹ Wälde, T. 'Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions versus Emerging Jurisprudence' in C Ribeiro (ed), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 205-36.

⁶² Hobér, K. *op.cit.* p. 159.

involucrados en la inversión en Energía y limitar al máximo los riesgos no comerciales para los inversores.

Procede señalar que el ámbito de protección garantizado por el TCE difiere en función de si la inversión ya se ha llevado a cabo, o si, por el contrario, todavía es potencial. En otras palabras, el Tratado diferencia entre dos fases: la previa a la inversión y la posterior a la misma. La primera fase daría lugar a un régimen “blando”, de menores garantías y que daría lugar a obligaciones de medios para los Estados, a unos mejores esfuerzos (best endeavors). La etapa posterior a la inversión ya estaría gobernada por un régimen duro con obligaciones vinculantes para los Estados anfitriones⁶³.

Por el objeto del trabajo, este epígrafe se centra en las vías de solución de conflictos entre inversores y Estados, previstas en el artículo 26 del tratado, pero hay que señalar que el artículo 27 también contempla procedimientos entre Estados.

3.3.1. Resolución amigable

El artículo 26 estipula: “En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera”.

Hay una obligación de iniciar este procedimiento antes de emprender acciones contenciosas, pues el susodicho artículo exige que transcurra un lapso de 3 meses desde que cualquiera de las partes haya solicitado una solución amistosa⁶⁴.

La Secretaría de la Carta de Energía impulsa la mediación y anima a su uso como método alternativo a la litigación, con la ventaja de ser más barata, menos agresivo, más flexible y más adecuado para no erosionar las relaciones comerciales para el futuro⁶⁵.

3.3.2. Arbitraje Inversor-Estado

El artículo 26 prevé un marco de procedimientos contenciosos de múltiples foros a elegir por la parte actora. Así, el artículo 26 da la opción de litigar: (i) ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o (ii) de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o arbitraje internacional.

⁶³Wälde, T. ‘Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation’ (1996) 12 Arb Intl 437.

⁶⁴ Dicho periodo se conoce como “cooling off period”

⁶⁵ Energy Charter Secretariat: Guide on Investment Mediation. Recuperado de https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/Guide_Investment_Mediation.pdf

El régimen se configura como “electa una vía, non datur recursus ad alteram”, de manera que, iniciado un procedimiento, se perderá la posibilidad de recurrir a cualquiera de los otros.

Centrándonos en el arbitraje, el método sin duda de mayor relevancia para este trabajo, hay que destacar que las partes tienen posibilidad de elegir entre los siguientes foros (art. 26. 4 d)):

- El arbitraje del CIADI (siempre que tanto el Estado anfitrión como el Estado del inversor hayan ratificado el Convenio del CIADI);
- Arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (cuando el Estado anfitrión o el Estado de origen del extranjero, pero no ambos Estados, hayan ratificado el Convenio del CIADI);
- Un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante denominado "CNUDMI"), o
- Un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo;
- De conformidad con el párrafo 3.a) del artículo 26, cada parte contratante da "su consentimiento incondicional a que se someta una controversia a arbitraje o conciliación internacional de conformidad con las disposiciones del presente artículo". Este consentimiento incondicional implica que un Estado no puede retirar su consentimiento, o retirarse del TCE, a petición de un inversor para iniciar un procedimiento arbitral. El consentimiento del Estado es irrevocable y su retirada no sería legalmente efectiva. En el caso de una retirada del TCE, la parte contratante sigue estando obligada a cumplir sus obligaciones de protección de las inversiones durante un período de 20 años a partir de la fecha efectiva de su retirada, de conformidad con el artículo 47 del TCE⁶⁶.

En definitiva, el arbitraje de inversión es un tipo específico de arbitraje que bebe de fuentes de derecho internacional tanto público como privado y cuya importancia ha crecido en los últimos años a causa del avance del derecho de inversiones y la proliferación de TBI y TMI. La relevancia de su rol en la promoción de inversiones internacionales es innegable.

En el apartado cuarto se analizará el marco regulatorio energético de España y la reforma que dio lugar al crecimiento de demandas arbitrales.

⁶⁶ Hobér, K. *op.cit.* p. 164

4. MARCO LEGISLATIVO DE ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA

Antes de entrar en el marco regulatorio español de las energías renovables y las distintas leyes y reglamentos que lo han ido conformando a lo largo del tiempo, es procedente hacer una puesta en contexto. Como Estado miembro de la Unión Europea, España ha tenido que hacer suyos los objetivos energéticos perseguidos por ésta.

La UE ha apostado decididamente por las energías renovables, promocionándolas en el Tratado de Funcionamiento. A la fecha de este trabajo, la normativa europea de referencia en materia de renovables es la Directiva 2009/28 de 23 de abril, que fija como principal objetivo (de obligado cumplimiento) para los Estados miembros que, como mínimo, el 20% de la energía producida provenga de fuentes renovables.

La directiva, en su artículo segundo, establece un marco bastante flexible de medidas entre las que los Estados pueden optar para la promoción de las fuentes de energía renovables. El citado artículo recoge una lista abierta de medidas concretas a las que los no se tienen por qué limitar: ayudas a la inversión, exenciones o desgravaciones fiscales, devoluciones de impuestos, sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables, incluidos los que emplean los "certificados verdes" y sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas (Feed-In Tariff o FIT).

4.1. Antecedentes al Real Decreto 661/2007

El primer hito legislativo de promoción de las fuentes de energías renovables en España es la ley 82/1980 de 30 de diciembre, de conservación de la energía. En aplicación de ésta, se promulgó el Real Decreto 2366/1994 sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, que creó el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial⁶⁷.

La siguiente ley energética española fue la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico de 27 de noviembre, en la que se comenzó a configurar un sistema de incentivos para los productores especiales. Por un lado, se les permitía aportar el sobrante de producción al sistema a cambio de una retribución a fijar reglamentariamente y, por otro, se les reconoció el derecho a una prima "al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales"⁶⁸.

⁶⁷ Gil Arrondo López, Ángela. "Arbitraje de inversiones en energías renovables." (2018). p. 16. Recuperado de <https://academica-e.unavarra.es/handle/2454/27413>

⁶⁸ Artículo 30 Ley 54/1997.

El Real Decreto 436/2004 del 12 de marzo de 2004 modificó el sistema de remuneración introduciendo dos vías por las que los productores podían optar:

- Vender en el mercado la energía a su precio más una prima.
- Vender la energía a los distribuidores a una tarifa fija garantizada por unos años.

La vía más lucrativa, y por la que optaron la mayoría de los productores, era la venta en el mercado. Es pertinente señalar que el artículo 40.3 dispuso que cualquier modificación de las tarifas afectaría a las instalaciones que ya estuvieran funcionando en la fecha de entrada en vigor de la revisión⁶⁹.

Este sistema era fundamentalmente financiado a través de peajes de acceso soportados por los consumidores.

4.2. El Real Decreto 661/2007

Este nuevo reglamento mantuvo la arquitectura principal del modelo anterior (los dos modelos de retribución del RD 436/2004) si bien aumentó los incentivos de los inversores (i.e. las primas) de forma notable.

La consecuencia lógica de dichos reclamos supuso un gran aumento de la inversión en Energías Renovables en España. Éstas llegaron a representar un 1,2% del PIB español en 2012, una aportación de 10.563 millones de euros⁷⁰.

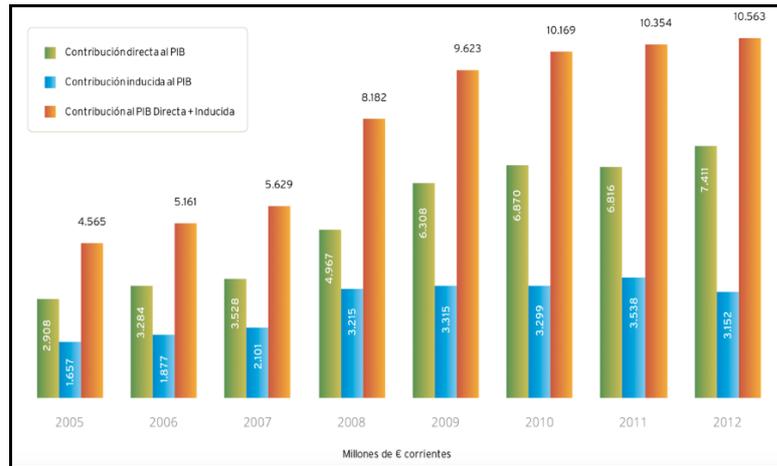
El gráfico 1 muestra la aportación a PIB del sector de las energías renovables desde el año 2005 hasta 2012. En él puede apreciarse el impacto del decreto en el fuerte crecimiento del peso relativo del sector a partir de 2007.

Al igual que su predecesor, el RD 436/2004, el RD 661/2007 estableció la irretroactividad de revisiones del sistema de incentivos, de manera que no se le podrían hacer éstas aplicables a instalaciones que estuviesen en funcionamiento en el momento de su promulgación.

⁶⁹ Gil Arrondo López, Ángela. *op.cit.* p. 17.

⁷⁰ Energías Renovables, Asociación de Productores. "Estudio del Impacto Macroeconómico de las energías Renovables en España." (2012) p.7.

Gráfico 1: Aportación directa, inducida y total al PIB del Sector de las Energías Renovables⁷¹



4.3. Déficit tarifario

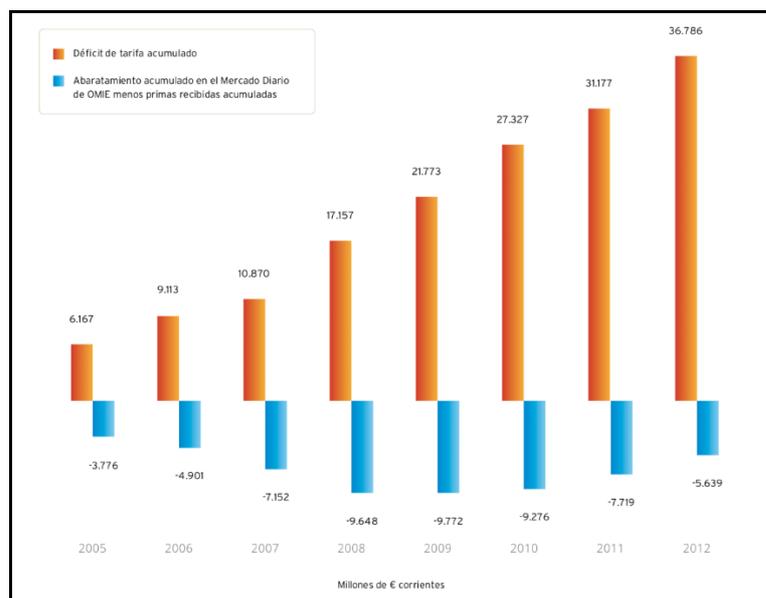
La otra consecuencia sin duda atribuible al marco regulatorio descrito es el llamado déficit de tarifa o tarifario. Dicho término alude a la deuda que el sistema eléctrico contrae con las empresas de generación, que es financiada. Esa deuda se traslada a los consumidores futuros por medio de títulos transmisibles que reconocen derechos de cobro a largo plazo y que hasta 2005 se transmitían por medio de titulizaciones⁷². Para la gestión de esta deuda se creó en 2009 el Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico (FADE). Operaba convirtiendo la deuda en bonos negociables en los mercados de valores. Los derechos de cobro hacen de colateral del pago de las obligaciones derivadas de los bonos emitidos.

Los datos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en noviembre de 2013, la deuda por pagar a los productores energéticos ascendía a 25.456,89 millones de euros. En el gráfico 2 se recoge el déficit de tarifa acumulado, desde el año 2005 hasta el 2012. La evolución es muy similar a la del gráfico 1, ya que tras la promulgación del RD 661/2007 el agujero presupuestario del sistema eléctrico crece exponencialmente.

⁷¹ Fuente: Asociación de Productores de Energías Renovables.

⁷² Ciarreta-Antuñano, Aitor, and Cristina Pizarro-Irizar. "La nueva reforma del mercado eléctrico español: eficiencia y austeridad." Cuadernos económicos de ICE 88 (2014).

Gráfico 2: Déficit de tarifa acumulado⁷³



Si bien es cierto que la correlación de dos hechos no siempre indica causalidad, los datos avalan la tesis de que el marco regulatorio de 2007 fue el principal responsable del desajuste del presupuesto en el sistema eléctrico español.

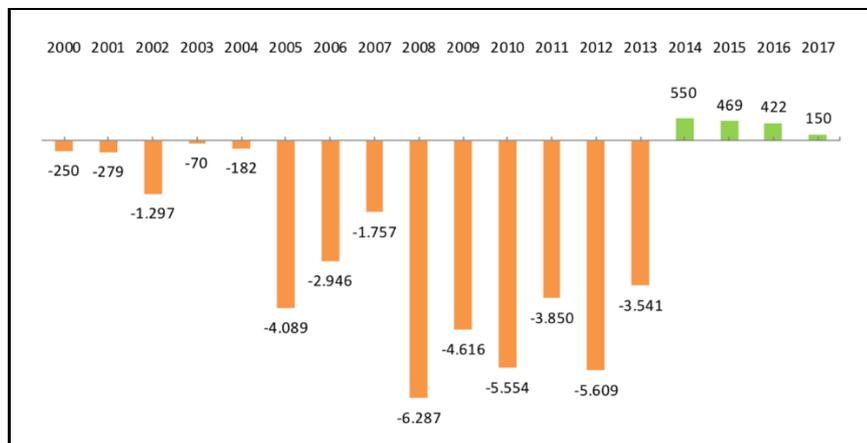
Como se abordará en el epígrafe siguiente, el ejecutivo español reformó intensamente el sistema de incentivos a los inversores en energías renovables. El gobierno derogó en 2013 el RD 661/2007 a través del RD-L 9/2013.

El primer ejercicio en el que estuvo vigente dicha nueva normativa no sólo se frenó la tendencia de aumento del déficit (tendencia que se mantuvo durante más de 7 años) sino que se revirtió por completo, con un superávit de tarifa de 550 millones de euros registrado en 2014⁷⁴. El gráfico 3 ilustra la evolución posterior.

⁷³ Fuente: Asociación de Productores de Energías Renovables.

⁷⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Acuerdo por el que se emite Informe sobre el Estado Actual de la Deuda del Sistema Eléctrico y Previsiones Futuras., p. 9. Recuperado de https://www.cnmc.es/sites/default/files/2312178_7.pdf

Gráfico 3: Déficits/superávits del sistema eléctrico generados anualmente en el periodo 2000-2017 (millones €)⁷⁵



4.4. Las primeras reformas en el sistema de energías limpias en España

Nassim Taleb dijo que “nunca se curan los defectos estructurales; el sistema se corrige a sí mismo colapsando”⁷⁶. El sistema español de promoción de energías limpias, si no colapsó, estuvo muy cerca, y llegó a un punto en que su financiación se hizo insostenible. La crisis financiera de 2008 puso al Estado español al borde de la intervención de la UE con motivo de un gran aumento del déficit presupuestario, que pasó de representar un 35,8% del PIB en 2007 a un 100,7% en 2014. El sistema de incentivos a las Energías renovables no era sostenible y la reducción del disparado déficit de tarifa se hizo perentoria.

La primera medida de recorte de retribuciones a los productores vino de la mano del Real Decreto 1578/2008 de 26 de septiembre. Éste suprimió uno de los modelos de retribución, la opción de vender en el mercado a precio real más una prima, la más atractiva, y dejó como única vía la tarifa regulada⁷⁷.

El citado decreto era aplicable únicamente a los generadores de energía fotovoltaica, pero el el Real Decreto Ley 6/2009 de 30 de abril de 2009 incluyó a las demás instalaciones⁷⁸.

⁷⁵ Fuente: CNMC, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2312178_7.pdf.

⁷⁶ Taleb, Nassim Nicholas. *Skin in the game: Hidden asymmetries in daily life*. Random House Trade Paperbacks, 2020.

⁷⁷ Dicho marco era de aplicación para las nuevas instalaciones, es decir, las instaladas tras la entrada en vigor del RD.

⁷⁸ Gil Arrondo López, Ángela. *op.cit.* p. 20

El Real Decreto 1565/2010 supuso otra importante modificación de la raíz del sistema, ya que eliminó un principio establecido desde el RD 436/2004: la no retroactividad de las revisiones del sistema de incentivos de producción⁷⁹. Esto es, hasta la promulgación de este nuevo decreto, las instalaciones en funcionamiento no podían verse afectadas por modificaciones de tarifa. El nuevo decreto, en su artículo primero, dispuso la eliminación de la tarifa regulada de las instalaciones a partir del 26º año.

La siguiente reforma de calado fue introducida por el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Este Real Decreto afectó a las instalaciones de régimen especial que se encontraban en funcionamiento al tiempo de su promulgación. El Decreto limitó sustancialmente las horas de producción con derecho a prima, lo que implicó que una menor parte de la producción sería retribuida a precio más prima y una mayor parte sólo a precio de mercado⁸⁰. También impuso un peaje a los productores de Energía por el uso de las redes y del transporte y distribución.

Otras medidas llamadas a la reducción del déficit fue la instauración, a través de la ley 15/2012, de un impuesto que gravaba la producción de la energía eléctrica. Dicho tributo tuvo muy mala acogida por los productores, ya que alegaban que era demasiado gravoso, dado que al vender a una tarifa fija no podían repercutir los costes en el precio.

Asimismo, hay que resaltar el establecimiento de la financiación del sistema eléctrico por medio de los Presupuestos Generales del Estado, medida tomada para intentar contener el déficit. Hasta ese momento los ingresos procedían de lo que el propio sistema generaba (peajes e impuesto sobre el valor de la producción), pero éstos se habían mostrado muy insuficientes.

4.5. El Real Decreto-Ley 9/2013: la supuesta infracción del TCE por parte de España

El nuevo modelo eléctrico español se empieza a construir alrededor de la ley 24/2013 del Sector Eléctrico. Sus principales objetivos eran reducir el déficit y establecer un marco financieramente sostenible, así como aumentar la eficiencia energética. El Real Decreto 216/2014 modificó sustancialmente la tarificación para los consumidores finales.

⁷⁹ Además de otras modificaciones que también limitaron los incentivos: penalizaciones por mantenimiento de niveles de potencia, supresión de derecho a la percepción de la prima para las instalaciones de tecnología eólica y solar termoeléctrica con una potencia superior a 50 MW, exclusión del cobro del complemento por eficiencia a las instalaciones de cogeneración para el tratamiento y reducción de residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios...

⁸⁰ Señalar que, no obstante su retroactividad, el Real Decreto Ley contenía disposiciones sobre derecho transitorio que postergó la aplicación de su contenido hasta el 31 de diciembre de 2013 para las instalaciones que se rigiesen por el RD 661/07.

El Real Decreto-Ley 9/2013, desarrollado por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, deroga el RD 661/2007, la auténtica referencia del sistema de retribución anterior. Así, nace definitivamente el nuevo marco regulatorio para las fuentes renovables, cogeneración y residuos⁸¹. Son estas normas, fundamentalmente el RD-L 9/2013, en las que los demandantes fundamentaron y todavía fundamentan sus pretensiones.

Como ya se ha anticipado, el nuevo marco pretende asegurar la viabilidad presupuestaria del sistema, lo que necesariamente se traduce en un entorno menos favorable para los inversores, cuyo objetivo principal no va mucho más allá de la cobertura de costes de los productores, si bien establece en su exposición de motivos como principio el aseguramiento a éstos de una “rentabilidad razonable”.

La virtualidad del citado concepto viene de la comparación con los bonos del Estado Español a diez años (en aquel momento) más un diferencial. Lo que implica una rentabilidad, antes de impuestos, de en torno al 7,4 por ciento; notablemente inferior de lo que podían esperar las instalaciones bajo el régimen precedente⁸²

La retribución del nuevo marco se fija de acuerdo con una serie de fórmulas sobre instalaciones tipo con producciones estimadas. Esto puede resultar problemático para los inversores, pues de no cumplir los parámetros estandarizados por la norma, sus ingresos se verán gravemente afectados.

En cuanto a la eventual modificación de la ley, ésta establece periodos tras los cuales se permite la revisión de los parámetros fijados⁸³.

También es relevante el nuevo concepto de instalación “eficiente y bien gestionada”. En la normativa anterior la remuneración dependía fundamentalmente de la capacidad productiva, de manera que instalaciones muy caras, si producían mucho, eran bien retribuidas. La nueva regulación hace primar la sostenibilidad y control de costes, de manera que las instalaciones ineficientes en este sentido se quedan sin retribución o con una cuya cuantía no les permite cubrir ni siquiera costes.

Si bien la norma es aplicable a todas las instalaciones, la retroactividad no es plena, en tanto que en el caso de las instalaciones funcionando bajo el régimen antecedente se compara la retribución percibida en el sistema anterior con la que les correspondería con

⁸¹ Ciarreta-Antuñano, Aitor, and Cristina Pizarro-Irizar. *op.cit.* (2014) p. 114.

⁸² Mas, María José Alonso. "El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: el caso Eiser contra España." *Actualidad Jurídica Ambiental* 69 (2017), p. 3 (http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2017/06/2017_06_12_Alonso-Mas_Regimen-apoyo-economico-energias-renovables.pdf)

⁸³ Ciarreta-Antuñano, Aitor, and Cristina Pizarro-Irizar. *op.cit.* (2014) p. 116

la nueva durante toda su vida útil. Si la primera excediese a la segunda, no tendrá derecho a retribución alguna, si bien tampoco se exige devolución del exceso, si lo hubiera⁸⁴.

La desarticulación del sistema de promoción de fuentes de energía renovables descrito dio lugar a mucha litigiosidad, tanto administrativa, con motivo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial a la Administración, como de naturaleza constitucional, en tanto que se plantearon recursos de inconstitucionalidad ante el TC. La jurisprudencia resultante será abordada someramente en el apartado quinto epígrafe primero.

4.6. El intento de suavizar la reforma: el Real Decreto Ley 17/2019

Tras el rosario de derrotas en arbitrajes suscitados al abrigo del TCE, que serán abordadas en el apartado siguiente, el Gobierno español trató de hacer control de daños con el RD-L 17/2019, que supone una pequeña marcha atrás en la severidad de las reformas de 2013 y 2014 con el objetivo de reducir dicha litigiosidad y los costes en indemnizaciones subsiguientes a la misma.

Así, la norma actualiza el régimen retributivo de las instalaciones que se vieron afectadas por el RD-L 9/2013 y les ofrece un régimen excepcional que garantiza una rentabilidad de 7,398%, durante 12 años.

Para beneficiarse por los cambios regulatorios, se exige como requisito la renuncia fehaciente al derecho a percibir una indemnización o compensación, consecuencia de una sentencia firme o un laudo arbitral definitivo y a la continuación o reinicio de procesos arbitrales o judiciales en curso.

5. REACCIÓN DE LOS INVERSORES AFECTADOS

En este apartado se analizarán los remedios legales a los que recurrieron los inversores agraviados por la reforma eléctrica llevada a cabo por el Reino de España para encontrar reparación por los daños patrimoniales que la reforma les causó. Se prestará especial atención a los arbitrajes promovidos contra España por presuntas infracciones del TCE.

5.1. Litigiosidad ante la jurisdicción española

La supresión del sistema español de incentivos a los inversores en energías renovables consolidado por el RD 661/2007 fue, como era de esperar, muy mal recibida por los propietarios de las instalaciones productivas afectadas. Este epígrafe tiene por objeto

⁸⁴*Ibid.*

resumir los cauces legales instados ante los tribunales nacionales a los que recurrieron los inversores y las líneas generales de la jurisprudencia que resolvió sobre estas causas⁸⁵.

La principal causa que fundamentó la mayoría de acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración con motivo de las reformas de los sistemas de retribución fue la retroactividad de las mismas, que para muchos afectados atentaba contra la seguridad jurídica. Con base en esto, se llegó a alegar que las reformas incurrían en vicios de inconstitucionalidad por vulnerar el art. 9.3 CE (irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables).

Así, el RD 1565/2010, que eliminaba la percepción de la tarifa regulada a partir del 25º año de funcionamiento de las instalaciones, fue recurrido por el Letrado de la Xunta de Galicia ante el TS, interesando su anulación. Dicha petición fue sustentada en alegaciones de tipo competencial y procedimental, pero también por motivos de fondo, pues se alegó la infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima⁸⁶.

El TS optó por una línea a la que recurriría posteriormente en muchas causas relacionadas, negando el derecho a la parálisis de la regulación y afirmando la potestad del Gobierno de regular en un sector altamente intervenido como el eléctrico: “carece de fundamento la imputación que se formula a la Disposición transitoria quinta, apartado 1, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, de vulnerar el principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, puesto que la entidad mercantil recurrente [...] no tiene un derecho a que se mantenga inalterado el régimen jurídico del sector de la energía eléctrica, ya que, [...], ningún obstáculo constitucional existe para que el legislador y, en su caso, el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia intensamente regulada como la eléctrica, modifiquen la regulación de un concreto aspecto regulatorio, siempre que se mantenga dentro del marco establecido en la Constitución”.

Quizá la norma que suscitó gran litigiosidad ante los tribunales españoles fue el Real Decreto-Ley 9/2013, fundamentalmente por la fijación del sistema retributivo con base en instalaciones tipo y producciones estimadas.

En primer lugar, hay que señalar que el decreto superó el control de constitucionalidad, pues el Tribunal Constitucional falló a su favor en la STC 270/2015 de 17 de diciembre, justificando la extrema urgencia y necesidad de las medidas y por tanto su correcta

⁸⁵ Nótese que la gran mayoría de estas causas fueron suscitadas por inversores afectados, pero nacionales, ya que no están legitimados por el TCE para recurrir al arbitraje de inversión.

⁸⁶ STS de 12 de abril de 2012, fundamento de derecho quinto.

instrumentación como Decreto-Ley de acuerdo con el artículo 86.1 CE, además de la no vulneración del artículo 9.3 CE, precisando que este principio no ha de confundirse con una obligación del legislador de inmutabilidad de las normas de nuestro ordenamiento.

La respuesta del Supremo fue similar, y rápidamente consolidó su doctrina⁸⁷, que optó por la validez del Real Decreto-Ley 9/2013 y del RD 413/2014 que lo desarrolla y la no existencia de lesión patrimonial alguna derivada de éste, arguyendo la tenencia de amplia libertad del legislador a la hora de aplicar retroactividad relativa, esto es, a situaciones todavía no extintas en el momento de entrada en vigor de la norma. Frente a los demandantes, que sostenían que las reformas habían supuesto una modificación “sorpresiva” de un marco legislativo acerca del cual había fundadas esperanzas de estabilidad, nuestro Alto Tribunal reivindicó la constante variabilidad del ordenamiento y su carácter instrumental para las autoridades a la hora de perseguir objetivos de reconocimiento constitucional.

No obstante, el TS reconoció la posibilidad de que existiera responsabilidad patrimonial de la AP cuando no se respetara el principio de la rentabilidad razonable. Así, negó que no se estuviera respetando aquél, y que una reducción no equivale a una falta de rentabilidad suficiente: “Entendemos, por tanto, que el daño irrogado a los titulares de las instalaciones solo podrá calificarse como antijurídico y, como tal, indemnizable si esa modificación ha determinado que tales instalaciones no sean razonablemente rentables, [...] los operadores del sector no habían adquirido el derecho a obtener, para siempre, una determinada retribución por la producción de energía y si, fundamentalmente, el marco regulatorio que se sigue de las disposiciones más arriba señaladas no implica que la actividad empresarial correspondiente haya dejado de ser razonablemente rentable, forzoso será concluir que no cabe hablar, en puridad, de daño efectivo alguno y mucho menos podrá calificarse como antijurídico”⁸⁸.

En definitiva, toda la jurisprudencia nacional afirmó la juridicidad de las reformas del sistema eléctrico con base en la capacidad legislativa y reglamentaria, y la libertad asociada a la misma para perseguir objetivos reconocidos constitucionalmente, y negaron la ilegalidad de la retroactividad, pues no debe ser interpretada como arbitraria ni sancionadora, sino que atiende a razones de tipo económico y técnico.

⁸⁷ SSTS en recursos contencioso-administrativos siguientes: 493/2014, 787/2014, 657/2014, 652/2014, 564/2014, 631/2014, 660/2014, 661/2014, 654/2014, 653/2014, 682/2014, 630/2014, 783/2014, 641/2014, 649/2014, 650/2014, 699/2014, 427/2014, 752/2014, 472/2014, 647/2014, 651/2014 y 4753/2016.

⁸⁸ STS 3290/2019, fundamento jurídico quinto.

La única excepción a esta tendencia fueron las instalaciones cuyos los procedimientos de preasignación fueron suspendidos por el Real Decreto Ley 1/2012; y no pudieron acogerse al nuevo régimen retributivo⁸⁹.

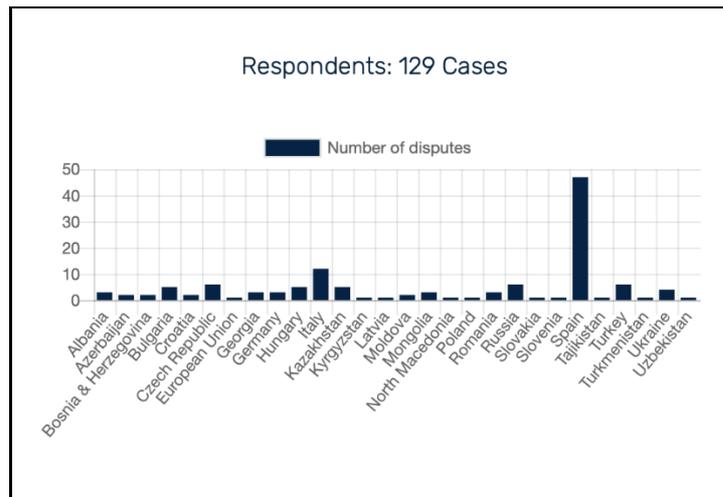
5.2. Los arbitrajes promovidos contra el Reino de España con base en el TCE

El proceso regulatorio descrito en líneas antecedentes no sólo ha dado lugar a pleitos ante los órganos jurisdiccionales españoles, sino que ha dado pie a un aluvión de demandas arbitrales con base en el TCE en contra del Reino de España.

Esta controversia ha supuesto una de las sagas de arbitraje más importantes en cuanto a número y cuantía reclamada (más de 7.000 millones de euros) de los últimos años al amparo del TCE.

El gráfico 3 muestra la proporción de arbitrajes suscitados al abrigo del TCE, pudiendo apreciarse que España lidera como el Estado que más demandas ha recibido.

Gráfico 4: Número de Disputas surgidas al amparo del TCE de cada Estado⁹⁰.



Si bien los dos primeros laudos dictados fueron favorables al Estado español (Charanne y Construction Investments c. Reino de España e Isolux Infraestructure c. Reino de España), en el caso Eiser c. Reino de España el Tribunal condena al Estado español a pagar 128 millones de euros en concepto de daños más intereses. Parece que este laudo ha cambiado la tendencia inicial de los litigios y ha sentado un importante precedente para procedimientos futuros.

⁸⁹ Mas, María José Alonso, *op. cit.* p. 4.

⁹⁰ Fuente: <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>⁹⁰ Consultado en fecha 20 de abril de 2020

El objetivo de este apartado es analizar las más importantes cuestiones debatidas en estos arbitrajes y que resultan de especial relevancia a la hora de establecer el sentido del fallo.

5.2.1. *Charanne c. España*

Se trata del primer arbitraje suscitado contra España a raíz de las reformas del sistema eléctrico y que concluyó de forma favorable al Estado español. La primera matización que es preciso hacer al respecto es que el inversor, cuya causa de pedir principal radica en una supuesta infracción del Estado anfitrión (España) del artículo 13, fundamenta su pretensión únicamente en el primer paquete de medidas del sistema eléctrico, el RD-L 14/2010 y los RD 1614 y 1565/2010⁹¹. Estas primeras reformas fueron principalmente una serie de recortes de los incentivos, de carácter menos gravoso para los productores que las posteriores modificaciones llevadas a cabo⁹².

Los demandantes alegan tres infracciones del TCE:

- Violación del deber de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos: Este argumento se basa en el artículo 10 apartado 12 TCE: “Las Partes Contratantes se asegurarán de que su derecho nacional proporciona medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos en relación con inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión”.

Los demandantes alegan que el hecho de que la reforma se instrumentara en una norma con rango de ley (Real Decreto-Ley 14/2010), les generaba indefensión al no poder ser ésta impugnada administrativamente⁹³.

El Tribunal rechaza esta argumentación en tanto que se pueden impugnar los actos administrativos dictados en desarrollo del RD-L e instar al juez a interponer recurso de inconstitucionalidad. Además de que siempre se puede instar una reclamación de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

- Expropiación Indirecta: La mercantil sostiene que las reformas tuvieron un impacto económico tan negativo en su inversión que constituyeron “una expropiación de una parte sustancial del valor y de los rendimientos de la inversión”⁹⁴, por lo que han de ser consideradas como una expropiación indirecta o medida de efecto equivalente. El

⁹¹ Masiá, Enrique Fernández. "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora." *Cuadernos de derecho transnacional* 9.2 (2017) p. 669.

⁹² Cabe apuntar que el propio laudo deja la puerta abierta a posteriores fallos en sentido opuesto, una vez se consideren el último paquete de medidas. El propio Tribunal usa un lenguaje que parece dejar entrever que, si se llegaran a enjuiciar las medidas de los años 2013 y 2014, el sentido de la resolución cambiaría.

⁹³ *Ibid.* p. 670.

⁹⁴ Laudo *Charanne*, párrafo 456.

Tribunal rechaza la postura de los demandantes principalmente porque las medidas no afectan a ningún elemento de la propiedad de los inversores, sino a las futuras rentas que éstos esperan obtener, y no se puede pretender que una expectativa se encuentre dentro de la propiedad de los demandantes. La otra razón que expone el Tribunal es que, aún existiendo la posibilidad de que una medida que afecte al valor y no a la propiedad de una inversión, como es el caso, para que se considere equivalente ha de destruir la práctica totalidad del valor: “Para que una medida pueda ser considerada como equivalente a una expropiación, sus efectos tienen que ser de tal magnitud que se consideren el inversor haya sido privado, total o parcialmente, su inversión”⁹⁵.

- **Trato Justo y Equitativo:** Los demandantes fundan este argumento en dos hechos: de un lado, que la modificación fue repentina y contravino la confianza legítima de los inversores, y, de otro, que la retroactividad de las medidas atentan contra sus derechos. La cuestión de las expectativas legítimas dependerá de la existencia, por parte del Estado español, de un compromiso con los inversores de mantener el marco regulatorio durante toda la vida de las instalaciones eléctricas, como una cláusula de estabilización o una declaración del Estado español dirigida a los inversores.

Sin embargo, los compromisos también pueden ser tácitos, y desprenderse de la normativa. Esto es lo que mantienen los demandantes, pues alegan que los RD 661/2007 y 1578/2008 se dirigen a unos inversores determinados (régimen especial) y que por ello deben considerarse compromisos.

El Tribunal rechaza la existencia de compromisos legítimos tan sólo por el hecho de que una norma tenga un alcance específico, y concluye que, en ausencia de compromisos específicos por parte de España, la normativa de promoción de las instalaciones solares no era suficiente, por sí sola, para dar lugar a la existencia de expectativas legítimas por parte de los inversores de que dicha legislación permanecería inalterable durante toda el lapso que durara la inversión.

5.2.2. Isolux contra España

El laudo recaído en el segundo procedimiento arbitral suscitado contra España por la reforma del sector eléctrico tuvo el mismo desenlace que el primero: un fallo favorable al Estado español al no apreciar el tribunal infracción de las disposiciones del TCE.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 465

Sin embargo, este nuevo laudo supuso una mayor victoria para España, pues en este caso sí que eran objeto del mismo las reformas más perjudiciales para la situación económica de los inversores: los RD-L 2/2013 y 9/2013.

En este caso las pretensiones de los demandantes se fundamentan en tres puntos: las medidas suponen una expropiación indirecta prohibida por el artículo 13, el trato dispensado por el reino de España a los inversores no fue justo ni equitativo según los parámetros del apartado primero del artículo 10, así como que se les privó de medios eficaces para la defensa de sus derechos (art. 10 (12)).

- Violación del deber de trato justo y equitativo: La postura de los demandantes en este caso se fundó en la vulneración de las expectativas legítimas de un marco regulatorio estable por medio de medidas sorpresivas. Sostuvieron que la regulación antecedente a las reformas constituía un compromiso implícito de que su modelo retributivo permanecería estable durante toda la inversión y que no tendrían que acudir al mercado a vender su producción, ya que la tarifa regulada era un derecho adquirido desde la inscripción en el RAIPRE. Una de sus alegaciones partió de considerar al art. 10 (1) del TCE como una cláusula paraguas que ampliaría las obligaciones del estado español, quedando vinculado a mantener la situación jurídica del primer marco legislativo para los inversores.

El Tribunal rechazó la tesis de que del marco de 2007 pudiera inferirse un compromiso y sostuvo que, aunque en algunos casos excepcionales una ley o decreto pueda constituir un compromiso específico, no ocurre así cuando se trata de una regulación de carácter nacional referida a todos los inversores, y no únicamente a los extranjeros⁹⁶.

Además, el Tribunal rechazó que las medidas fueran retroactivas *strictu sensu*, en tanto que los productores que percibieron más bajo el régimen anterior de lo que les correspondiera de acuerdo con el nuevo no tuvieron que devolver el exceso.

También sentenció que las medidas no fueron exorbitantes ni irracionales porque perseguían la reducción del déficit tarifario para, en última instancia proteger al consumidor, ya que es quien soporta dicho coste: “no sería suficiente para concluir que las medidas adoptadas fueron "exorbitantes" o no razonables al sentido del TCE. La conducta del Estado fue una política racional que era, guste o no guste, la de proteger el consumidor”⁹⁷.

⁹⁶ Laudo Isolux., párrafo 771.

⁹⁷ *Ibid.* párrafo 823.

- La presunta violación del artículo 13: Isolux mantuvo que las medidas implicaron una privación sustancial de la propiedad sobre la inversión y que deben ser consideradas como una expropiación indirecta merecedora de sanción por su incompatibilidad con el artículo 13 (1) TCE.

El Tribunal fijó el debate (al igual que en Charanne) en si la destrucción de valor fue tan ostensible que se puede considerar expropiación indirecta. Pues, la propiedad de la mercantil era sobre las acciones, no sobre los rendimientos potenciales que la empresa pudiera generar, si bien una bajada muy acusada de aquéllos puede deteriorar casi por entero el valor de las acciones⁹⁸.

El Tribunal concluyó que no quedó probado que existiera una disminución significativa de la rentabilidad de las instalaciones (de hecho resulta del peritaje realizado que la rentabilidad posterior es superior a la pervia) y que, por tanto, no hubo expropiación indirecta⁹⁹.

5.2.3. *Eiser Contra España*

Este laudo supuso el primer fallo desfavorable a las pretensiones del Estado español en esta saga de arbitrajes.

El caso Eiser fue una suerte de punto de inflexión en los arbitrajes planteados contra el Reino de España, en tanto que abrió la puerta a muchos otros laudos contrarios a los intereses españoles, y ésta es ahora la tendencia dominante.

Antes de analizar su contenido, cabe hacer una precisión de carácter procesal, pues, si bien los laudos anteriores habían sido arbitrados en la Cámara de Comercio de Estocolmo, en este caso se trata de un arbitraje llevado a cabo ante el CIADI, y, en tanto que ambas partes eran en su momento firmantes del Convenio de Washington, son de aplicación sus normas procesales.

De nuevo, como ya sucedió en Isolux, el objeto de la impugnación por parte de los demandantes fueron tanto el primer paquete de medidas de 2010, como el más intenso de 2013 y 2014.

Las cuestiones de fondo versaron esencialmente sobre los mismos asuntos que los dos laudos precedentes. Los demandantes fundaron su petición en cuatro pilares: el cambio regulatorio constituyó una expropiación indirecta prohibida por el artículo 13, fueron medidas exorbitantes, atentaron contra el principio del trato justo y equitativo recogido

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 836.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 852.

en el artículo 10 e incumplieron compromisos específicos asumidos por el Estado español.

El Tribunal consideró que el quid de la cuestión radica en si se produjo o no una agresión a la cláusula del trato justo y equitativo, por lo que en consecuencia, y con atención a razones de economía judicial, se valorarían las medidas en conjunto de acuerdo a este parámetro, pues el análisis de las demás alegaciones no alterarían el resultado del fallo¹⁰⁰. La posición de ambas partes no diferió de la mantenida en Charanne e Isolux. Mientras los demandantes arguyeron que el RD 661/2007 les llevó a iniciar un proyecto de inversión costoso y con largos periodos de amortización, el Estado español se escudó en el concepto de rentabilidad razonable y la inexistencia del derecho a la “petrificación” del ordenamiento¹⁰¹.

El Tribunal comenzó por reivindicar el derecho a regular de los Estados y limitar el alcance de la confianza legítima, en tanto que no se debe interpretar como un cepo al carácter instrumental de la ley como canalizador de iniciativas de interés público¹⁰², pareciendo abonar el terreno para la misma interpretación y por tanto el mismo desenlace que los laudos previos.

No obstante, el Tribunal inmediatamente pasó a enunciar los límites del reconocido derecho a regular, subrayando su carácter limitado y su sometimiento a ciertas restricciones y que, en el caso enjuiciado, el TCE sí otorgaba protección a los inversores de un cambio radical del marco regulatorio bajo el que decidieron iniciar la inversión (i.e. el RD 661/2007).

Asimismo, el Tribunal realiza un esfuerzo por destacar las diferencias fácticas existentes con el caso Charanne (hay que señalar que no tuvo en cuenta el caso Isolux por motivos de confidencialidad). Entre ellas, que en Charanne no se entró a valorar el segundo paquete de medidas y que el tipo de fuente energía era distinto.

El Tribunal llegó a la conclusión de que las medidas no pueden considerarse como dentro del legítimo derecho a regular del Estado español, y que supusieron un cambio drástico, imprevisible e irrazonable del marco regulatorio bajo el que los inversores planificaron su inversión y que destruyó gran parte de su valor.

El nuevo marco regulatorio no sólo tuvo carácter repentino o impredecible, sino que también ocasionó una gran detracción de la rentabilidad de los inversores, pues las

¹⁰⁰ Laudo Eiser., párrafos 342-356.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 359-361.

¹⁰² *Ibid.*, p. 362.

pruebas periciales y el testimonio de los peritos pusieron de manifiesto la gran disminución de los ingresos estimados. Que se hicieron insuficientes hasta para el pago de la deuda en que incurrieron los demandantes para el acometimiento de la inversión¹⁰³. Los árbitros destacaron la declaración de uno de los directivos de la empresa demandante, que parece resumir la visión que adoptó el tribunal acerca de los límites que la regulación española supuestamente sobrepasa: “El regulador es muy inteligente y va a jugar un poco con los rendimientos. Sí, los rendimientos normalmente bajan la mayor parte del tiempo [...] pero por supuesto bajan un poco, no matan el proyecto. Aquí tuvimos una completa destrucción de valor. Perdimos todo el valor de este proyecto en particular”¹⁰⁴.

Por todo ello, el Tribunal falló en favor de los demandantes y obligó al Estado español a abonar 128 millones de euros más intereses por los daños irrogados a la mercantil EISER INFRASTRUCTURE LIMITED. Para el cálculo de dicha cuantía se tuvo en cuenta la minoración en la expectativa de flujos de caja futuros de las instalaciones a causa del nuevo régimen retributivo creado por las reformas.

5.2.4. El Futuro después de Eiser. El punto de inflexión en la saga de arbitrajes.

Tras la primera decisión contraria a España, el laudo Eiser, la tendencia de los fallos en las decisiones arbitrales cambió radicalmente, pues la gran mayoría de las decisiones posteriores fueron favorables a los inversores¹⁰⁵.

La ministra para la transición ecológica, Teresa Ribera, declaró en noviembre de 2019 que hay 45 arbitrajes pendientes contra el Reino de España y que la cuantía total reclamada es casi de 10.000 millones de euros, y que hasta la fecha habían sido condenados a pagar 821 millones de euros de 1700 reclamados¹⁰⁶.

Las cuestiones más relevantes de la práctica totalidad de los procedimientos no difieren de los laudos ya analizados: trato justo y equitativo, expropiación indirecta, incumplimiento de compromisos específicos, confianza legítima... que muchos tribunales reducen, al igual que en Eiser, a la cuestión del trato justo y equitativo. Los

¹⁰³ Masiá, Enrique Fernández., op. cit. p. 676.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.364.

¹⁰⁵ España perdió los 11 primeros arbitrajes sustanciados en el CIADI: SolEs Badajoz (41 millones de indemnización); Nextera (290 millones); Antin (101 millones); Masdar (64,5 millones); Eiser (128 millones); Novenergia (53,3 millones); 9REN (41,7 millones), Greentech (39 millones); Demeter y Cube (33 millones), Infrared Environment Infrastructure, que reclamaba 92 millones de euros y Schwab Holding/OperaFund Ecoinvest (27 millones).

¹⁰⁶ Extraído de la Conferencia de prensa de la ministra de Educación, Formación Profesional y portavoz del Gobierno en funciones; y de la ministra para la Transición Ecológica en funciones después de la reunión del Consejo de Ministros. Recuperado de <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2019/rpcm22112019.aspx>

tribunales también hacen en gran medida suya la interpretación del caso Eiser, valorando hechos como que la financiación en que incurrieron los inversores no era recurrible porque los bancos también creyeron en la estabilidad del marco regulatorio, la necesidad de estabilidad en el sector energético, las grandes cuantías de las inversiones iniciales... Sin embargo, conviene destacar la posición del tribunal en el caso Novenergia II, muy problemática para los intereses del Estado español, pues se alejó de la interpretación hasta ese momento dominante que consideraba que no habría responsabilidad del Estado si no ocasionaba un perjuicio patrimonial severo en la inversión, y que éste no es más que un factor de entre muchos otros a tener en cuenta.

Así, sostuvo que la mera inestabilidad regulatoria, aún sin un generar un detrimento sustancial del valor de los activos, puede dar lugar a una violación de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo: “Contrariamente a lo que sugiere el demandado, las acciones del demandado no tienen por qué haber anulado por completo la inversión del demandante para que el Tribunal considere que el demandado ha incumplido [...]. En opinión del Tribunal, la evaluación de si se ha infringido la norma es un ejercicio de equilibrio, en el que se sopesan los intereses reguladores del Estado con las expectativas y la confianza legítimas de los inversores. No basta con examinar el efecto económico que han tenido las medidas impugnadas. La destrucción del valor de la inversión es claramente determinante para evaluar si un Estado ha infringido el artículo 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, pero es uno de los varios factores que se deben considerar al determinar si un Estado ha violado el artículo 10.1”¹⁰⁷.

En definitiva, y aunque no se pueda extrapolar a la práctica arbitral la certidumbre que genera el precedente jurisprudencial, el laudo Eiser supone un antes y un después en la saga de arbitrajes en energías renovables contra España, y, pese a la independencia y singularidad propias de cada procedimiento de arbitraje de inversión internacional, no es insensato decir que, en líneas generales, los tribunales arbitrales están más próximos a considerar las medidas correctoras del déficit tarifario vulneradoras del principio de trato justo y equitativo quebrar la confianza legítima de los inversores en la estabilidad del régimen retributivo bajo el que decidieron iniciar sus proyectos de inversión.

¹⁰⁷ Laudo Novenergia II, párrafo 694.

5.3. Fase de Ejecución de los Laudos. El incierto desenlace de los procedimientos tras la sentencia del TJUE sobre el caso Achmea

La sentencia Achmea arroja incertidumbre acerca de la virtualidad de los laudos condenatorios emitidos y que quedan por emitir en contra de España. La interpretación estricta del principio de primacía del derecho de la Unión puede ser un escollo al reconocimiento y ejecución de los laudos.

El caso Achmea puede conducir a la nulidad de los tratados de inversión intra-europeos y a la nulidad de los laudos que apliquen, aunque sea tangencialmente, derecho comunitario.

5.3.1. Breve análisis del caso Achmea

Hemos de situarnos en el marco de un TBI suscrito en 1991 entre Eslovaquia y Holanda. Dicho TBI contenía una cláusula de sumisión a arbitraje por parte de ambos signatarios para la resolución de los conflictos inversor-Estado.

Achmea es una aseguradora médica holandesa que operaba en Eslovaquia bajo el marco fijado por el mencionado TBI. En el año 2007, el legislador eslovaco prohibió la distribución de beneficios empresariales derivados de la actividad aseguradora médica privada¹⁰⁸.

Al considerar que dicha modificación legislativa lesionaba derechos protegidos por el TBI, la empresa Achmea inició un procedimiento arbitral ante el CIADI de acuerdo con la cláusula de resolución de disputas del propio TBI.

El procedimiento terminó en un laudo que condenaba a la República de Eslovaquia al pago de 22,1 millones de euros a favor de Achmea por los daños irrogados por su modificación legal. El Estado eslovaco interpuso recurso de anulación ante el Oberlandesgericht Frankfurt am Mein (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania), pero fue desestimado, por lo que recurrieron en casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal alemán), alegando la incompatibilidad de la cláusula arbitral del artículo 8 del TBI con los artículos 18, 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo alemán elevó una cuestión prejudicial al TJUE, que fue resuelta por la ya célebre sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018. En ésta, el TJUE declara incompatible la cláusula de sometimiento arbitral del TBI con el derecho de la Unión.

¹⁰⁸ Razquin, María Simón. "El Fin del arbitraje de inversión en Europa." *Anales de Derecho*. Vol. 37. No. 1. 2019., p 6.

El TJUE fundó su fallo en 3 principios fundacionales de la Unión: primacía, autonomía y efectiva aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión.

En esencia, el TJUE aduce que el Tribunal arbitral puede verse obligado a interpretar derecho propio de la Unión para solucionar las disputas, que los tribunales arbitrales no pueden elevar cuestiones prejudiciales ante el TJUE y, en consecuencia, no garantizan una correcta interpretación del Derecho Europea, y que la revisión indirecta por parte de los tribunales nacionales no corrige estas deficiencias¹⁰⁹

5.3.2. La Declaración de los Gobiernos de los Estados Miembros de la UE

Esta sentencia fue muy bien acogida por aquellos Estados inmersos en procedimientos de arbitraje y sujetos a potenciales condenas por presuntos incumplimientos de TBI, pues vieron una clara oportunidad de inaplicar esas posibles futuras condenas.

Así, el 15 de enero de 2019 la mayoría de Estados miembros de la UE (22 Estados en total, incluida España) firmaron una declaración de naturaleza política en la que apoyaron el fallo del TJUE en el caso Achmea y en el que acordaron “cancelar todos los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos por medio de un tratado plurilateral, o, cuando se reconozca mutuamente que resultaría más expeditivo, bilateralmente¹¹⁰”.

Sobre el TCE específicamente afirmaron:

“los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluido el Tratado sobre la Carta de la Energía, son parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE y, por lo tanto, deben ser compatibles con los Tratados. Los tribunales arbitrales han interpretado que el Tratado sobre la Carta de la Energía contiene también una cláusula de arbitraje entre inversores y Estados aplicable entre los Estados miembros.

Interpretada de tal manera, esa cláusula sería incompatible con los Tratados y, por lo tanto, tendría que ser inaplicada¹¹¹”

Y, la afirmación más relevante de la declaración para el presente trabajo, el punto 7, establece que aquellos arbitrajes no resueltos antes de la sentencia recaída en el caso Achmea deben ser considerados nulos.

La Comisión de la UE ha valorado muy positivamente la Declaración, que considera como un compromiso que aporta seguridad y certidumbre tanto a inversores como a Estados.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 9-13.

¹¹⁰ Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea (2019).

¹¹¹ *Ibid.*, p.2.

5.3.3. Implicaciones en los arbitrajes suscitados contra España en el ámbito del TCE

Hay que valorar las consecuencias jurídicas de esta declaración, de corte político, con la debida cautela, pues los Estados son aquí claramente parte implicada y sus intereses juegan un importante papel en su posición al respecto de la cuestión.

Sin embargo, tampoco se puede ignorar que la misma, como mínimo, refuerza la posición de España y aporta un nuevo argumento a invocar en los procedimientos arbitrales y en la posterior fase de ejecución¹¹².

El TJUE todavía no se ha pronunciado acerca de la validez de la cláusula de sometimiento a arbitraje TCE, pero la posición que sostuvo en Achmea podría hacerse extrapolable. Algunos apuntan sin ningún reparo que el caso Achmea puede ser el final del arbitraje Inversor-Estado al abrigo de Tratados de Inversión y que se ensayarán otras vías intracomunitarias compatibles con el Derecho de la Unión¹¹³.

Para España, Achmea puede suponer dos vías de defensa. En primera instancia, en sede arbitral puede impugnar la jurisdicción del Tribunal con base en las conclusiones del TJUE.

La otra posibilidad pasaría por impugnar la ejecución de los laudos condenatorios¹¹⁴.

La primera opción no parece que tenga muchos visos de prosperar, teniendo en cuenta además que la gran mayoría de procedimientos contra España se sustanciaron o están sustanciando ante CIADI y no ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. No parece muy probable que los Tribunales arbitrales declinen conocer el caso por una supuesta falta de jurisdicción fundada en derecho comunitario.

A continuación se analizan ambas posibilidades:

(i) La excepción intracomunitaria

En el caso NextEra Energy contra el Reino de España, el Estado español alega la falta de jurisdicción arbitral por incompatibilidad del artículo 26 TCE (cláusula de sometimiento a arbitraje) con el artículo 344 del TFUE, que prohíbe a los Estados miembros someter a cualquier tribunal no europeo la resolución de conflictos que requieran interpretación de derecho comunitario.

El Tribunal rechazó las alegaciones de España, marcando distancia con el supuesto fáctico enjuiciado en Achmea y reivindicando la naturaleza internacional del conflicto,

¹¹² Casanova, Millán Requena. "Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?", p.25.

¹¹³ Agirrezabalaga, Iñigo Iruretagoiena. "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)." La Ley Unión Europea 60 (2018)

¹¹⁴ Nótese que este cauce es válido siempre y cuando se trate de ejecuciones ante tribunales de la UE.

sosteniendo que cualquier cuestión relativa a la jurisdicción del Tribunal Arbitral ha de ser discutida únicamente a la luz del artículo 26 del TCE:

“El presente Tribunal no está facultado para decidir si una controversia presentada por un inversor europeo contra un Estado europeo en virtud del Tratado de la Unión Europea está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 344 o infringe el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea. La tarea de este Tribunal es determinar si dicha controversia está comprendida en las disposiciones del TCE. Asimismo, no es tarea de este Tribunal determinar si el alcance de esta controversia se refiere a la aplicación del TFUE, sino más bien si dicha controversia se refiere a la aplicación de las disposiciones sustantivas del TCE”¹¹⁵.

El Tribunal también aclaró que la mera existencia y ratificación del TCE por parte de la UE es indicio de que no existe contradicción entre el derecho comunitario y el Tratado. Así, no parece que dicha excepción vaya a reportar resultados a España, en tanto que es muy improbable que los tribunales arbitrales apliquen derecho europeo y no las disposiciones del TCE.

(ii) La oposición a la ejecución de los laudos

Esta es la otra vía de defensa disponible para que el Estado español evite hacer frente al pago de las condenas en renovables. Con la información existente, esta se torna sin duda en la más factible vía de escape para España.

El ya citado laudo Novenergia, condenatorio y emitido por la Cámara de Comercio de Estocolmo fue suspendido en mayo de 2018 por la Corte de Apelación de Suecia, tras el recurso presentado por la Abogacía del Estado. Dicha decisión es atribuible a la incertidumbre resultante del arbitraje de inversión intracomunitario tras Achmea¹¹⁶.

Los laudos cuyas condenas serán más difíciles de evitar por parte del Reino de España son aquellos que resulten de procedimientos administrados según las normas CIADI. Éstos son la gran mayoría (36 de 40). Los dos escollos principales son:

En primer lugar, tal y como se ha mencionado en el epígrafe 2.2 c) acerca del arbitraje de inversión, los laudos CIADI son solamente revisables por un tribunal ad hoc formado según las normas del Convenio, y no son apelables ante tribunales nacionales. Así, habría

¹¹⁵ Laudo *NexTera Energy*., párrafo 349

¹¹⁶ Rozas, María del Mar Villagrasa. "Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea." *Revista Aragonesa de Administración Pública* 19 (2018)., p. 445.

que valorar la posibilidad de que el CIADI siga la línea establecida por el TJUE, lo que parece poco probable¹¹⁷.

Por otro lado, los inversores pueden tratar de evitar la probable negativa de los Tribunales europeos a despachar la ejecución de los laudos solicitando ésta a tribunales de Estados no miembros que hayan ratificado el Convenio de Washington. Los inversores Eiser, Novenergia y Antin han optado por esta línea de actuación, solicitando la ejecución de sus laudos ante el Tribunal de Distrito de Columbia¹¹⁸.

Con respecto a Eiser, la juez Kollar-Kotelly siguió el criterio mantenido por el Juez Federal de Washington D.C. Amit P. Mehta, que ordenó la ejecución del laudo condenatorio del Caso Micula. Mehta sostuvo que la sentencia Achmea no anula la renuncia a la inmunidad de jurisdicción en virtud de la excepción arbitral de la “Foreign Sovereign Immunities Act”. Así, la juez Kotelly concluyó que España había renunciado a su inmunidad de jurisdicción a pesar de lo establecido por el TJUE en Achmea y que procede la ejecución del laudo.

5.4. Valoración práctica de la sentencia Achmea al arbitraje de inversión y, en particular, a los laudos dictados bajo la TCE

La sentencia Achmea sin duda ha reforzado las posibles defensas de España tanto en fase de enjuiciamiento como de ejecución a la hora de oponerse a las pretensiones de los inversores, pero siguen existiendo recursos a los que los demandantes pueden recurrir para hacerlas efectivas.

Si bien no es posible determinar a ciencia cierta cuál será el desenlace de los laudos aún no resueltos o no ejecutados tras la sentencia Achmea, considero que las argumentaciones que el TJUE sostuvo en aquélla, y al margen de si las comparto o no, son en gran medida aplicables a los arbitrajes sustanciados con base en el TCE.

Principalmente, la posibilidad de que los Tribunales se vean abocados a interpretar o aplicar derecho de la UE no es menor de lo que lo era en el TBI analizado en Achmea. Por otro lado, no creo que el hecho de que el TCE sea un acuerdo multilateral y que la propia UE lo haya ratificado sea condición suficiente para considerar la cláusula de cometimiento del artículo 26. A pesar de que la jurisprudencia del TJUE haya manifestado que los Estados han de observar los compromisos internacionales suscritos

¹¹⁷ Nótese como ejemplo la negativa de CIADI a revisar un laudo condenatorio en contra de Hungría con base en Achmea.

¹¹⁸ Razquin, María Simón., op. cit., p 17.

por la UE¹¹⁹, otorgar validez a dicha cláusula sería radicalmente opuesto a lo establecido por la sentencia Achmea.

Sería, a mi juicio, difícil de sostener que un tribunal arbitral no tuviera carácter de órgano jurisdiccional cuando el sometimiento a él reside en un TBI y que lo adquiere si emana de uno multilateral¹²⁰. De igual forma, las consideraciones que el TJUE hizo acerca de la no revisión de los laudos por parte de los Tribunales nacionales es totalmente extensible a los laudos recaídos en procedimientos iniciados en virtud del TCE.

Por todo ello, creo que el TJUE fallará en contra de las ejecuciones de los laudos emanados del TCE.

6. CONCLUSIONES

En los años antecedentes a la crisis, España apostó decididamente por las energías renovables a través de un ambicioso sistema de incentivos a los productores.

El Real Decreto 661/2007 fue el centro neurálgico de este sistema y la norma más generosa con los inversores. Ésta optó por un sistema de retribución consistente en una prima muy elevada sobre el precio de venta. El marco regulatorio de 2007 dio lugar a un crecimiento muy notable de la inversión en renovables en España, llegando a aportar en 2012 10.563 millones de euros al producto interior bruto.

De forma coetánea al crecimiento de la inversión, se disparó también el déficit de tarifa del sistema eléctrico, el cual se mostró absolutamente incapaz de autofinanciarse. A pesar de existir una enorme inversión y un gran flujo de inversiones, el déficit no hacía más que crecer. El modelo establecido en 2007 era totalmente insostenible y se tuvo que recurrir a financiación externa en los Presupuestos Generales del Estado.

Todo lo anterior ocurrió en un contexto muy grave de crisis económica que puso a España en una situación presupuestaria extremadamente delicada.

Tras 10 años de crecimiento ininterrumpido del déficit, en el año de promulgación del Real Decreto-Ley 9/2013, el sistema eléctrico registró un superávit de 550 millones de

¹¹⁹ *Vid.* STJ 26 octubre 1982 (Asunto 104/81 Hauptzollamt Mainz. Administración Principal de Aduanas de Mainz/ CA. Kupferberg & Cie KG a. A., Mainz). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91467&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=708668>

¹²⁰ En parte porque es perfectamente posible que ambos sean coincidentes. Pensemos en un arbitraje institucional concebido para ambos tratados.

euros, por lo que el cambio regulatorio fue adecuado para el fin fundamental que perseguía.

Existían razones objetivas para desarticular el régimen primado. De un lado, que era insostenible, ya que a pesar de recibir gran número de inversión no se conseguía autofinanciar y, de otro, que generó un déficit enorme que repercutiría negativamente en el interés público, bien a través de una mayor tarifa en el recibo de la luz o por medio del empleo de fondos públicos para reparar el desajuste presupuestario.

El gobierno entrante no tenía otra opción prudente que acabar con el RD 661/2007, pues su aplicación estaba siendo absolutamente ruinosa. La única libertad (limitada) con la que contaba en ese sentido era acerca de la progresividad de la reforma, pero no de la reforma en sí.

Las sentencias de los órganos jurisdiccionales españoles respaldan las decisiones regulatorias del Estado y, tras rechazar la inconstitucionalidad e ilegalidad de las mismas, no reconocen derecho a indemnización alguna para los afectados.

La homogeneidad de las sentencias nacionales ponen de manifiesto el porqué de la existencia del arbitraje de inversión. Los tribunales domésticos tienen un sesgo inevitable hacia su Estado cuando dirimen cuestiones de esta índole.

Las alegaciones de los inversores extranjeros se basan básicamente en que las medidas tomadas por España constituyen una vulneración de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo (art.10) y, alternativamente, una expropiación indirecta (art. 13).

Dichos estándares son, como es común en el derecho de inversión, conceptos jurídicos indeterminados que requieren de interpretación.

En cuanto a la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, la mayoría de la doctrina coincide en que se trata de un ejercicio de ponderación entre la confianza legítima de los inversores y los poderes regulatorios del Estado.

La reforma del sector eléctrico respondía a motivos de necesidad pública y era perentoria en el momento en que se aprobó. Bajo ningún concepto fue caprichosa o irracional. Considero que la pertinencia o no de indemnizaciones ha de girar en torno a si el previo régimen supuso un compromiso específico con los inversores y si el cambio fue repentino, pero no en la arbitrariedad de la medida.

Tras Eiser, la tendencia arbitral dominante es que España vulneró el artículo 10 del Tratado porque el RD 661/2007 coconstituyó un compromiso específico con los inversores y que la reforma fue sorpresiva y causó perjuicio patrimonial.

Con respecto a la expropiación indirecta los tribunales han señalado que la propiedad protegida es de las acciones, esto es, de la empresa, pero no de la expectativa futura de flujos de caja, los cuales pueden variar con el tiempo. Para que una medida se considere expropiatoria, ha de dejar casi a cero el valor de la inversión. Con una rentabilidad garantizada en torno al 7%, este argumento tiene pocos visos de prosperar, por lo que los laudos condenatorios existentes hasta la fecha fijan la obligación de reparar por vulneraciones del artículo 10.

Si bien es cierto que los laudos constituyen un importante precedente fáctico para los futuros procedimientos arbitrales, su efecto no es en ningún caso asimilable al efecto de cosa juzgada jurisdiccional, por lo que cada laudo se resolverá individualmente y puede existir variabilidad en los fallos de laudos futuros.

La sentencia Achmea arroja incertidumbre sobre el futuro de los TBI y del derecho de inversión en Europa.

Aunque a fecha de la realización de este trabajo el TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad del artículo 26 del TCE (cláusula de sometimiento), el fallo del TJUE afecta al Tratado y procede considerar nulo del artículo 26, por lo que los laudos serían contrarios al derecho comunitario.

En línea con lo anterior, el TJUE se opondrá a la ejecución de los laudos dictados en virtud del TCE, por lo que no habrá ejecuciones en el territorio de la UE.

La conclusión anterior no quiere decir que España vaya a evitar el pago de todos los laudos dictados en su contra, pues los inversores tienen otros cauces para obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos, como acudir a otras jurisdicciones a solicitar el reconocimiento. De hecho, hay inversores que lo han requerido en tribunales estadounidenses y han obtenido resoluciones favorables a sus intereses.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Legislación

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Boletín Oficial del Estado, 11 de julio de 1977, núm.164.

Ley 15/2012 del 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. Boletín Oficial del Estado, 28 de diciembre de 2012, núm.312.

Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Boletín Oficial del Estado, 27/12/2011, núm.310.

Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 1997 núm.285.

Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. Boletín Oficial del Estado, 27 de enero de 1981, núm.23.

ORDEN IET/1045/2014 de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Boletín Oficial del Estado, 20 de junio de 2014, núm.150.

RD 1565/2010 de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 2010, núm. 283.

RD 1578/2008 de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. Boletín Oficial del Estado, 27 septiembre de 2008, núm. 234.

RD 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1994, núm.313.

RD 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Boletín Oficial del Estado, 10 de junio de 2014, núm.140

RD 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Boletín Oficial del Estado, 10 de junio de 2014, núm.140.

RD 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Boletín Oficial del Estado, 27 de marzo de 2004 núm. 75.

RD 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Boletín Oficial del Estado, 27 de marzo de 2004, núm. 75.

RD 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Boletín Oficial del Estado, 26 de mayo de 2007, núm. 26.

RDL 14/2010 de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Boletín Oficial del Estado, 24 de diciembre de 2010, núm. 312.

RDL 6/2009 de 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. Boletín Oficial del Estado, 7 de abril de 2009, núm. 111.

RDL 9/2013 de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Boletín Oficial del Estado, 13 de julio de 2013, núm. 167.

Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 2019, núm. 282.

Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994. Boletín Oficial del Estado, 17 de mayo de 1995, núm. 117.

7.2. Jurisprudencia y laudos arbitrales.

Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España, caso CCE, núm.arb 062/2012, 21 de enero de 2016. En <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

RL-57, CMS Gas Transmission Company c. Argentina, Caso ICSID N. ARB/01/8, Decisión del Comité Especial sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, n. 86. 25 de septiembre de 2007.

Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg s.à r.l c. Reino de España, caso CIADI núm. ARB/13/36, 4 de mayo de 2017. Recuperado de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf

Ioan Micula et al c. República de Rumanía, caso CIADI núm. ARB/05/20, 11 de diciembre de 2013. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España, caso CCE, núm. ARB/153/2013, 6 de julio de 2016. Disponible en <http://www.hispanidad.com/wp-content/uploads/2017/06/Laudo-C%C3%A1mara-de-Estocolmo.pdf>

STJUE 6 de marzo de 2018, Slowakische Republik contra Achmea BV, As. C-284/16 [ECLI:EU:C:2018:158] (Decisión de la Gran Sala) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=ES>

S.D. Myers, Inc. c. Canadá, 13 de noviembre de 2000, laudo parcial, 232.

Starret Housing Corp. v. Iran, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154, 1983.

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. El Reino de España, Caso CCE núm. 2015/063, 15 de febrero de 2018. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>

NextEra Energy Global Holdings B.V y NextEra Energy Spain Holdings B.V c. El Reino de España. Caso del CIADI No. ARB/14/11, 31 de mayo de 2019. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10568.pdf>

7.3. Obras doctrinales y recursos de internet

AGIRREZABALAGA, I. "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)." La Ley Unión Europea 60, 2018.

ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES DE ENERGÍAS RENOVABLES: "Estudio del Impacto Macroeconómico de las energías Renovables en España.", 2012.

CASANOVA, M. R. "Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?", 2019. Recuperado de <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/mrequena-publicaciones/los-arbitrajes-de-inversiones-contra-espana-por-los-recortes-a-las-energias-renovables.pdf>

CASTILLO ARGAÑARÁS, L. "La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la solución de controversias espaciales y su impacto en la sociedad internacional." ,2013., p. 9.

CASTROGIOVANNI, R.M., "¿Cómo se estructura la ley mercatoria?", 2020. Recuperado de <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>

CERTILMAN, S.A., "A Brief History of Arbitration in the United States", 2010., p. 10.

CIARRETA-ANTUÑANO, A, Pizarro-Irizar, C. "La nueva reforma del mercado eléctrico español: eficiencia y austeridad." Cuadernos económicos de ICE 88, 2014.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: "Acuerdo por el que se emite Informe sobre el Estado Actual de la Deuda del Sistema Eléctrico y Previsiones Futuras", 2010. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj2qGRvI7pAhXQbsAKHVxMA7EQFjAAegQIAxAB&url=https>

https://www.cnmc.es/sites/default/files/2019/07/23/12178_7.pdf&usg=AOvVaw0HqPsX9eM8nasUoycb1Wzb

Conferencia de prensa de la ministra de Educación, Formación Profesional y portavoz del Gobierno en funciones; y de la ministra para la Transición Ecológica en funciones después de la reunión del Consejo de Ministros, 2019. Recuperado de <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2019/rpcm22112019.aspx>

DE LUCAS, J. "Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS." *Journal of Globalization, Competitiveness & Governability/Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad/Revista de Globalização, Competitividade e Governabilidade* 10.2, 2016.

DOLZER, R. & SCHREUER, C.: "Principles of International Investment Law 99–100" (2d ed. 2012); De Nanteuil, A. *Droit International De L'Investissement*, 2014., pp. 342–47.

DOUGLAS, Z. "The hybrid foundations of investment treaty arbitration." *British year book of international law* 74.1, 2003., p.152. Recuperado de https://is.muni.cz/el/1422/podzim2017/MVV57908K/um/1st_seminar/British_Yearbook_of_International_Law-2004-Douglas-151-289.pdf

FOUCHARD, P., Berthold G.: "Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration". Kluwer Law International BV, 1999.

GIL ARRONDO, Á. "Arbitraje de inversiones en energías renovables.", 2018. Recuperado de <https://academica-e.unavarra.es/handle/2454/27413>

HOBÉR, K. Investment arbitration and the energy charter treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, 2010. 1(1). Recuperado de <https://academic.oup.com/jids/article-abstract/1/1/153/879372>

LANDER, E. "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El capital diseña una constitución universal." *Estudios Latinoamericanos* 6.11, 1999., pp. 77-104.

MARBOE, I. *Calculation Of Compensation And Damages In International Investment Law*. 237, 2009.

MAS ALONSO, M. J. "El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: el caso Eiser contra España." *Actualidad Jurídica Ambiental* 69, 2017., pp. 8-25.

MASIÁ, E., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora." *Cuadernos de derecho transnacional* 9.2 , 2017.

MESHEL, T. "225 Years to the Jay Treaty: Interstate Arbitration Between Progress and Stagnation." ,2019. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3360188

MOSES, M. L., *The principles and practice of international commercial arbitration.* Cambridge University Press, 2017.

MUCHLINSKI P. T., "The rise and fall of the multilateral agreement on investment: where now." *Int'l L.* Vol. 34., 2000.

NIKIÉMA, S. H., "Compensation for expropriation." *International Institute for Sustainable Development*, Winnipeg, 2013.

OECD "“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>

PASTOR PALOMAR, A. "Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España." *REDI* 58, 2006.

PELÁEZ SANZ, FJ y GRIÑÓ TOMÁS, M., “La nueva ley española de 23 de diciembre sobre arbitraje”, *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Bosch Formación, 2009, p.23.

RAZQUIN SIMÓN, M., "El Fin del arbitraje de inversión en Europa." *Anales de Derecho.* Vol. 37. No. 1., 2019.

ROZAS VILLAGRASA, M., "Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea." *Revista Aragonesa de Administración Pública* 19, 2018.

SODUPE, K., Benito E. "Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía." *Anuario Español de Derecho Internacional* 16, 2000., p. 430.

SUSSMAN, E. "The Energy Charter Treaty's investor protection provisions: potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 14, 2007., p. 391-392.

TALEB N. *Skin in the game: Hidden asymmetries in daily life.* Random House Trade Paperbacks, 2020.

WÄLDE, T., 'Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions versus Emerging Jurisprudence' in C Ribeiro (ed), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006.

WÄLDE, T., 'Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation' *12 Arb Intl* 437, 2006.