



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO ADMINISTRATIVO REGULATORIO:

Principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo
respecto de las inversiones extranjeras en el sector energético español

Autora: Mónica Mestanza González

Derecho Administrativo

4ºE-1

Tutora: Beatriz Rodríguez Villar

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

Los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo han cobrado especial importancia y entidad a partir de la ingente cantidad de procedimientos arbitrales iniciados por inversores extranjeros en el sector energético español que alegaban haberse visto grave e injustamente perjudicados por los cambios legislativos y regulatorios implementados durante los años de la crisis económico-financiera en España.

Por ser esta una cuestión que ha afectado sustancialmente a nuestro país, reflejado esto en la obligación de pago por parte del Estado de indemnizaciones multimillonarias a las mercantiles afectadas, y por ser la caracterización de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo todavía un campo poco estudiado y objeto de escaso consenso, surge la necesidad de realizar este trabajo de investigación, que pretende aportar una visión clarificadora de los conceptos, los límites y las consecuencias del incumplimiento.

Palabras clave:

Expectativas legítimas, trato justo y equitativo, sector energético, regulación administrativa, estándares de protección, inversión extranjera, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The principles of legitimate expectations and fair and equitable treatment have gained special importance and entity due to the large number of arbitration proceedings brought forward by foreign investors in the Spanish energy sector, who claimed to have been adversely affected by the legislative and regulatory changes implemented during the years of economic and financial crisis in Spain.

Given that this is an issue that has greatly impacted our country; this being reflected in the State being subjected to pay multimillion-dollar reparations to the companies concerned, and because this is a topic that has not been extensively researched about and has yielded little consensus in regards to the definition of the concepts of legitimate expectations and fair and equitable treatment, the need arises to carry out this piece of research, which intends to enlighten readers on the concepts, limits and consequences of infringement.

Key words: Legitimate expectations, fair and equitable treatment, energy sector, administrative regulation, standards of protection, foreign investment, legal certainty.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
1. Introducción	5
2. Derecho Administrativo Regulatorio en España	7
2.1 Principios generales que rigen el Derecho Administrativo Regulatorio en el sector energético.....	7
2.2 Caracteres generales del sector de las energías renovables.....	10
3. Estándares de protección a las inversiones extranjeras: Especial incidencia en el principio de trato justo y equitativo	14
3.1 Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI)	14
3.2 Estándares de protección a las inversiones extranjeras	15
3.2.1 Estándar de Trato Nacional (TN).....	15
3.2.2 Estándar de Nación Más Favorecida (NMF).....	17
3.2.3 Estándar de trato justo y equitativo (FET).....	18
4. Principio de expectativas legítimas.....	26
4.1 Concepto.....	26
4.2 Desarrollo histórico: Hitos jurisprudenciales sobre el reconocimiento del principio de expectativas legítimas	29
5. Conflicto en el sector energético español: Estudio del incumplimiento de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo a través del análisis de sentencias judiciales y laudos arbitrales	33
6. Conclusión	45
7. Bibliografía	47
7.1 Legislación	47
7.2 Jurisprudencia.....	48
7.3 Obras doctrinales	49
7.4 Recursos de internet.....	51

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
APPRI	Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones
BverfG	Bundesverfassungsgericht
CE	Constitución Española
CLH	Compañía Logística de Hidrocarburos
CNE	Comisión Nacional de Energía
ENTSO	European Network of Transmission System Operations
UE	Unión Europea
FCN	Friendship, Commerce and Navigation
FET	Fair and Equitable Treatment
FJ	Fundamento Jurídico
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
NMF	Nación Más Favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
OM	Orden Ministerial
OMC	Organización Mundial del Comercio
OVG	Oberverwaltungsgerichts
PANER	Plan de Acción Nacional en materia de Energías Renovables
Párr.	Párrafo
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TN	Trato Nacional

1. Introducción

Las características actuales del sector energético tienen mucho que ver con sus antecedentes y la necesidad de supervisión del grado de funcionamiento y de competencia del mismo por parte de las autoridades públicas. Con la entrada de España en la Unión Europea, se liberalizó en gran medida el sector, lo que se vio reflejado en situaciones como la “*desaparición del monopolio de petróleos, la creación de la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) y la entrada de compañías extranjeras*” (Álvarez Pelegrí et al, 2014, pág. 2) para competir en condiciones de igualdad con operadores preexistentes. Surgió, así, la necesidad de regulación para contener los riesgos competitivos que entrañaba un sector que abría sus puertas a diferentes operadores y fuentes de inversión.

A su vez, mediante el proceso de liberalización, se configuró un sistema que reúne las notas del modelo de mercado además de, por una parte, contener las características de los monopolios naturales (en cuanto a las actividades de transporte y distribución) y por otra, basarse en la realización de ciertas actividades por parte de los operadores en régimen de libre competencia (específicamente, la producción de la energía y comercialización de la misma) (“El Sector Energético en España”, N/D). A pesar de ser este un sector liberalizado, está altamente regulado¹ por ser “*esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad*” (Exposición de motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico”) y también por existir numerosos factores que lo hacen susceptible de ser caldo de cultivo para prácticas anticompetitivas y otros tipos de abuso.

Así, por la complicada configuración del mercado energético, inevitablemente surgen problemas de diversa índole, también en cuanto a la regulación en sí misma, lo que convierte a este sector, veremos, en un campo muy volátil. Observaremos cómo España, al igual que las instituciones de la Unión Europea, implementó una política de atracción de inversión en el sector que resultó exitosa en un primer momento pero que posteriormente fue objeto de

¹ Dice la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico: “De esta forma, se configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde. Todo ello sin perjuicio de la necesaria regulación propia de las características de este sector, entre las que destacan la necesidad de coordinación económica y técnica de su funcionamiento.”

impugnación y sirvió como fundamento para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por la violación de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo.

Los principios a los que nos referimos y que constituyen el objeto de este estudio, suponen una garantía de trato y protección frente a injerencias varias que puedan perjudicar la actividad y los derechos patrimoniales del inversor que legítimamente, de buena fe y motivado por signos externos y objetivos del Estado receptor, ha confiado en realizar una inversión en el país de que se trate y, por tanto, merece una situación de seguridad y muestra de resarcimiento en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o contratos suscritos.

Como ya se ha reseñado, se estudiarán los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo respecto de las inversiones extranjeras en el sector energético español. Este es, sin duda, un verdadero trabajo de investigación, pues, aunque dichas nociones estén a la orden del día en el marco de las controversias suscitadas en todos los sectores que luego son sometidas a arreglo ante tribunales arbitrales, dichos órganos no han sido muy contundentes ni se han mostrado proclives a entrar en la minuciosa definición de los conceptos. En definitiva, poco se ha investigado acerca de su naturaleza, sus particularidades, el desarrollo histórico o la importancia de estos estándares en el derecho internacional de inversión.

El método seguido para la realización de este trabajo es el análisis de las leyes y la regulación nacional, además de un estudio casuístico para determinar qué obligaciones comportan los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo para la Administración Pública en su relación con los inversores extranjeros en el sector energético español.

También se plantearán posibles soluciones a preguntas tan importantes como: ¿Qué consideramos inversión extranjera en el sector energético español? ¿Cuándo podemos acreditar que efectivamente surge la confianza legítima? ¿Qué derechos protege el principio de trato justo y equitativo? ¿Cuáles son los límites de los principios estudiados? ¿Qué prima, la protección de la rentabilidad de la inversión o la potestad legislativa y regulatoria? ¿Están los inversores abusando de estos principios y, de forma encubierta, pretendiendo la configuración del sistema a su gusto y conveniencia?

2. Derecho Administrativo Regulatorio en España

2.1 Principios generales que rigen el Derecho Administrativo Regulatorio en el sector energético

Indudablemente, la libre circulación de mercancías y la constitución del mercado único ha resultado ser el gran logro y avance del proyecto europeo en su conjunto. De esta forma, el artículo 28 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) protege la existencia y la solidez de la unión aduanera, además de la prohibición de las tasas al comercio entre países miembros y las medidas equivalentes que pudieran implementarse en sustitución de tasas propiamente dichas. Indudablemente, la energía también está sujeta a estas disposiciones.

Asimismo, Derecho Administrativo Regulatorio parte del reconocimiento de la prestación de servicios de interés general por parte de empresas pertenecientes a la esfera privada. Como tal, el Estado regula dichas actividades para garantizar su existencia y correcto funcionamiento, así como el acceso y disfrute de las mismas por parte del conjunto de la ciudadanía. Así, por ejemplo, los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establecen, respectivamente, lo siguiente: *“La presente ley tiene por objeto establecer la regulación del sector eléctrico con la finalidad de garantizar el suministro de energía eléctrica, y de adecuarlo a las necesidades de los consumidores en términos de seguridad, calidad, eficiencia, objetividad, transparencia y al mínimo coste.”* *“El suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general.”*

Actualmente, tal y como afirma Muñoz Machado (2015), las decisiones del regulador pueden ser sometidas a control y revisadas de un modo más amplio que si interviniera en las decisiones cualquiera de los otros dos poderes. Tiene sentido que se fiscalicen las decisiones del Estado regulador, pues, por mucho que tengan como finalidad la garantía de los derechos propios del Estado social y se orienten hacia la consecución de este objetivo, deben también conocer y encontrar sus límites para garantizar la protección de terceros contratantes y los consumidores y usuarios. Esto es especialmente importante en el sector energético, por tratarse de una esfera particularmente sensible, que ha sido objeto de un proceso de liberalización relativamente reciente. Precisamente, en este trabajo abordaremos la cuestión del uso indebido de la potestad regulatoria de la Administración.

Por otra parte, debemos mencionar la necesaria independencia funcional entre reguladores y operadores en todos los sectores regulados, incluido el sector de la energía. El Artículo 23.1 (“Autoridades reguladoras”) de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, ya señalaba que los Estados miembros designarán autoridades reguladoras independientes de los intereses del sector de la electricidad, debiendo informar de las actividades objeto de su trabajo o supervisión. La independencia de los agentes económicos y regulatorios asegura que los objetivos y las políticas que persigan serán transparentes y libres de motivaciones ilícitas o contrarias a la ética; siendo sus actuaciones y los resultados obtenidos carentes de influencias más allá de la voluntad de procurar un buen servicio y asegurar el acceso al mismo en un contexto de igualdad. Asimismo, no solo es necesaria la independencia entre autoridades y gestores, sino también entre las redes y las actividades de producción y suministro, recogida en el Considerando (9) de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Necesariamente, por la dimensión europea y global del mercado de la energía, las instituciones supranacionales se han visto en la obligación lógica de abordar esta cuestión en todo tipo de actos jurídicos. Así las cosas, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enuncia en su artículo 19 los principios que deben guiar la política energética en los países de la Unión, a saber: la garantía del funcionamiento del mercado y de la seguridad del abastecimiento energético, el fomento de la eficiencia, el ahorro, el desarrollo de energías renovables y el fomento de la interconexión de redes. Entendiendo la estabilidad del sector energético a nivel nacional europeo como la muestra última del funcionamiento del mercado, reconocemos su importancia en el marco del Estado social como pilar fundamental de la economía y bienestar social; por permitir la competencia leal entre operadores en condiciones de eficiencia e igualdad, y por incentivar una experiencia favorable del ciudadano en un contexto de seguridad jurídica y previsibilidad en el acceso a los recursos objeto de comercio.

Es fundamental la garantía de la competencia en el sector energético, sobre todo mediante el aseguramiento del acceso a las instalaciones primarias a aquellas empresas que deseen operar en mercado. Así, la negativa y la imposición de restricciones infundadas constituyen una barrera de entrada que el regulador y el ordenamiento jurídico en su conjunto habrán de evitar. Es esta una obligación ineludible, derivada del proceso liberalizador del sector energético

español. Las conductas anticompetitivas ponen en riesgo el desarrollo económico de empresas que por motivos injustificados se ven en posición de desventaja, y también repercuten en el consumidor final por posibles consecuencias como el incremento de precios, la falta de información suficiente y de calidad o la única opción de recibir servicios deficientes u opciones limitadas.

Es importante destacar el principio legal de suficiencia de la retribución, o de suficiencia económica de la tarifa, que se encuentra en estrecha relación con el principio de trato justo y equitativo. Así, el artículo 14.3 de la Ley del Sector Eléctrico establece que la retribución percibida por los inversores persigue la finalidad de cubrir los “*costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada (...)*” En definitiva, se trata de asegurar que los operadores del mercado energético perciban una remuneración que permita cubrir los altos y diversos costes que conlleva su actividad, con el objetivo de evitar la situación de déficit tarifario².

Por otra parte, hemos de tener en cuenta el impacto medioambiental negativo de las empresas energéticas que emplean métodos tradicionales y aprovechan recursos naturales no renovables. Así, la quema de carbón, la energía nuclear, el gas y los residuos provenientes del petróleo, ocasionan una huella contaminante que obliga tanto a Estados como a empresas a comprometerse a tomar acción para la diversificación y renovación de sus procesos, así como para asegurar la reducción de las emisiones nocivas para el medioambiente. España, como muestra de su aparente compromiso, ratificó el Protocolo de Kioto, la Enmienda de Doha y el Acuerdo de París, todos ellos acuerdos internacionales vinculantes acordando la reducción de emisiones.

Por lo demás, el principio de expectativas legítimas, aunque pueda considerarse encuadrable dentro del principio de trato justo y equitativo, merece sustracción y análisis separado por su creciente importancia en el contexto de los conflictos en el marco de los sectores regulados, especialmente en el sector energético. Así, *bote pronto*, puede definirse el principio de expectativas legítimas como la confianza objetiva depositada por determinados

² Déficit tarifario: La insuficiencia de las tarifas integrales y de acceso recibidas por las eléctricas a la hora de cubrir costes (“de transporte, distribución, gestión comercial a tarifa, sobrecoste del régimen especial, prima por consumo de carbón autóctono, costes con cargo a cuotas, CTC y coste de generación de clientes a tarifa general”) (Unda, 2002)

operadores del sector en la legislación o regulación implementada por la Administración y dirigida a la atracción de inversión extranjera y el mantenimiento de condiciones estables y favorables para esta actividad.

Finalmente, en cuanto al principio de trato justo y equitativo, sus notas principales consisten en la prohibición de la instauración de medidas arbitrarias, de la denegación del acceso a la justicia en un proceso justo, de la discriminación por motivos manifiestamente injustos y del trato abusivo a los inversores extranjeros (“Fair and Equitable Treatment”, 2012, pág. 78-83).

2.2 Caracteres generales del sector de las energías renovables

En los últimos años, se ha asistido a un incremento importante en la investigación, el desarrollo y la implantación de métodos de energía renovables, tanto a nivel nacional, como europeo y global. De esta forma, el sector ha experimentado un incremento paralelo en la aportación de las renovables al total de producción energética, por motivos como *“la mayor hidraulicidad, el incremento en la producción eólica y un descenso generalizado de la producción energética total”* (Red Eléctrica de España, 2018, p.8). Como es entendible, todo sector en auge que genere confianza o demuestre condiciones favorables para la rentabilidad, atrae inversión, y dicha inversión inevitablemente también puede ocasionar problemas. Posteriormente analizaremos los conflictos que han surgido entre inversores extranjeros y el Estado español por los cambios regulatorios que sufrió el sector energético durante los años de la crisis económica. Sí podemos avanzar que la gran mayoría de los conflictos tuvo como objeto inversiones realizadas en el sector de las renovables, por lo que conviene detenerse en las condiciones de este mercado en España y algunas de sus notas principales.

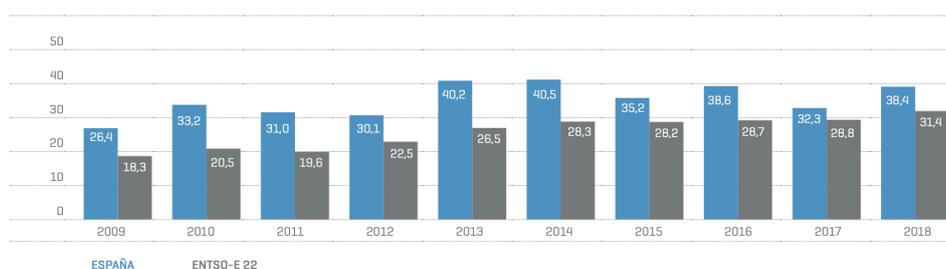
En la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, perteneciente al Paquete Europeo de Energía y Cambio Climático, las instituciones europeas valoran *“El control del consumo de energía en Europa y la mayor utilización de la energía procedente de fuentes renovables, junto con el ahorro energético y una mayor eficiencia (...)”*. Es esta, pues, la riqueza de las renovables: su aportación al sector energético y a la transformación de la economía en su conjunto, con beneficios añadidos y en condiciones más favorables que aquellas aplicables a los combustibles fósiles. Además, el Parlamento y el Consejo subrayan,

también en el considerando de la Directiva anteriormente mencionada, “*las oportunidades de generar crecimiento económico mediante la innovación y una política energética competitiva y sostenible*”.

Otro aspecto que es interesante resaltar respecto de las energías renovables en particular, y que tiene mucho que ver con el criterio de eficiencia anteriormente mencionado, es la importancia que se viene otorgando por parte de grupos de interés y de la Unión Europea a la descentralización productiva. La Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, defiende las virtudes de este modelo por sus “*ventajas, tales como la utilización de fuentes locales (...), una mayor seguridad del suministro (...), trayectos de transporte más cortos y menores pérdidas en la transmisión (...)* Dicha descentralización fomenta también el desarrollo y la cohesión de la comunidad”. Podríamos decir, en definitiva, que la descentralización productiva de la energía renovable supone un incremento en la eficiencia y una racionalización lógica de los recursos; reduciéndose los costes y minorándose el riesgo que generan las grandes plantas de producción en el esquema de las estructuras tradicionales (“Producción descentralizada de energía para un mundo más democrático y verde”, 2018). Además, mediante este fenómeno se minimizan pérdidas por el transporte y la distribución de energía y se puede afrontar con mayor soltura la demanda incrementada en urbes con distribución restringida o dificultosa (ibíd.)

En cuanto a la estructura del sector, es evidente la posición ventajosa que disfruta nuestro país en comparación con otros Estados miembros de la Unión Europea respecto de la generación renovable, sobre todo si atendemos a su aportación sobre la generación energética total. Así, observando la siguiente gráfica, llama la atención la brecha entre los datos en nuestro país y aquellos de los demás países de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad (ENTSO), que no baja de los 3,5 puntos (Red Eléctrica, 2018, p.14).

Generación renovable sobre la generación total en España y la media de una selección de países miembros de ENTSO-E22^[1] (%)



[1] Por indisponibilidad de datos para toda la serie de algunos países, el gráfico de evolución contiene información de: Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Macedonia del Norte, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suiza.

El año 2019, el último ejercicio completo, cerró con el 58,6% de la electricidad producida en España habiendo procedido de fuentes no contaminantes y con un saldo importador por cuarto año consecutivo, aunque inferior al saldo registrado en el año anterior (Red Eléctrica, 2019). Además, según el último informe realizado por Frankfurt School- UNEP Center/ BNE (2019), España registró la tasa de crecimiento más alta en cuanto a inversión en los países desarrollados en el 2018; un incremento del 859% hasta los \$7.5 billones, después del complicado periodo en que surgieron todos los conflictos entre las empresas eléctricas y el Estado por los ajustes regulatorios y los recortes en las retribuciones.

Debemos atender también al Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (PANER) 2011-2020 elaborado por el Gobierno de España. En este, entre otros puntos que analizaremos posteriormente cuando entremos a detallar el marco regulatorio del sector energético, se declara que *“La seguridad de suministro, [el] respeto por el medio ambiente y [la] competitividad económica son los ejes fundamentales de la política energética europea y española (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2011, pág. 5)”*. Además, entiende el Gobierno que la *“elevada dependencia energética del exterior y elevadas emisiones de gases de efecto invernadero, relacionadas con el crecimiento [del sector] (ibíd.)”* han supuesto *“retos específicos (ibíd.)”* para la transformación española. En relación con esto, hemos de valorar que la elaboración del Plan se llevó a cabo, tal y como ya hemos mencionado y como también señala el propio documento, *“en el marco de una evolución muy negativa de la economía mundial y española”*. Las metas genéricas descritas por el Plan son un *“marco retributivo estable y predecible, (...) [el] desarrollo de infraestructuras (...) de transporte, nuevas interconexiones internacionales, [un] aumento de la capacidad de almacenamiento (...), y [la] potenciación de la gestión de la demanda en tiempo real”*, además de *eliminar las barreras (...)* (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2011, pág. 19)”

El 22 de noviembre de 2019, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 17/2019, 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. Este Real Decreto recoge el concepto de *rentabilidad razonable* y reduce la tasa de retribución para las instalaciones de energías renovables de 7,398% o 7,503% al 7,09% para el periodo 2020-2025, también reflejando en su redacción la necesidad de establecer un marco estable y predecible, sobre todo tras el *“elevado número de litigios, tanto en la jurisdicción nacional como en cortes internacionales”* que

surgió tras los rápidos y constantes cambios regulatorios durante años anteriores (“El Consejo de Ministros aprueba un Real Decreto-ley para dar certidumbre al marco retributivo de las energías renovables e impulsar una transición energética justa” , 2019).

3. Estándares de protección a las inversiones extranjeras: Especial incidencia en el principio de trato justo y equitativo

3.1 Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI)

En este apartado expondremos el contenido habitual de los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI)³. Estos acuerdos se suscriben como parte y reflejo de la importancia de las inversiones en la política económica y de relaciones internacionales de un país, y su contenido, en definitiva, establece las reglas del juego que velarán por la integridad de los lazos comerciales entre las partes y los contratos de ellos derivados. Dentro de las finalidades más importantes de los APPRI se encuentran “*la intensificación de la cooperación económica en beneficio recíproco*” (APPRI España/México, 2006) y la mayor neutralización posible del riesgo político económico que entrañan las actividades de inversión, mediante el establecimiento de ciertas obligaciones y garantías recíprocas (“Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: Contenidos y objetivos, N/A).

El ámbito de aplicación de estos tratados engloba, por una parte, el concepto de *inversor* (ámbito subjetivo) y, por otra, la noción de *inversión* (ámbito material) (ibíd.). Antes de proceder a la definición de estas ideas, conviene recordar que, aunque el contenido de los diferentes APPRI suscritos por España es bastante similar y todos los acuerdos de esta índole guardan un contenido mínimo común, puede haber divergencias entre unos y otros. Por ejemplo, los APPRI celebrados entre España y Costa Rica, Ecuador o República Dominicana, son peculiares por sus cláusulas de resolución de controversias, por no considerarse el recurso a los tribunales internos como una vía excluyente del procedimiento arbitral (Díez-Hochleitner, 2005).

También existen diferencias, aunque podría defenderse que no sustanciales, entre lo que entendemos por inversión o inversores según el acuerdo. A título de ejemplo, el APPRI suscrito entre España y Bahreín (APPRI España/Bahreín, 2008) recoge en sus arts. 1.1 y 1.2,

³ Definición de Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones: “*Tratados bilaterales suscritos entre dos Estados para crear, recíprocamente, unas condiciones de seguridad a las inversiones realizadas por los residentes de uno de los países en el otro. Estos acuerdos garantizan, básicamente, el derecho de propiedad, la libre transferencia de rendimientos y de la desinversión, la no discriminación y el establecimiento de un mecanismo para solucionar las controversias*” (ICEX- Invest In Spain, 2013)

respectivamente, que considerará inversión “*todo tipo de activos invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de esta segunda Parte Contratante*” y que será inversor “*cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante*”. Como particularidad, el APPRI entre España y Kuwait contempla explícitamente al Gobierno de Kuwait y todas sus personas jurídicas, en el art. 1.2 c), como inversores protegidos por el acuerdo.

Tras la lectura de los APPRI firmados⁴ por España y países como Jamaica (2002), Bosnia-Herzegovina (2003), Guatemala (2004), Irán (2004), Colombia (2007), China (2008), Libia (2009) y Arabia Saudí (2016), podemos concluir que los APPRI están generalmente compuestos por las siguientes cláusulas: definiciones (ámbitos subjetivo, objetivo, territorial y temporal), promoción de inversiones para los nacionales en el territorio de la otra parte contratante, trato y protección (entre las disposiciones más importantes: trato justo y equitativo, remoción de todo tipo de obstáculos y aseguramiento de los derechos), garantías contra medidas como la nacionalización y la expropiación directa o de valor.

En caso de llevarse a cabo un procedimiento nacional de expropiación, este habrá de iniciarse, evidentemente, por causa de utilidad pública y la Administración habrá de otorgar compensación económica justa. Además, todos los APPRI también incluyen cláusulas de indemnización frente a daños sufridos en caso de conflicto armado, cláusulas de libre transferencia de pagos por parte de los inversores y, sobre todo, estipulación de arreglo de controversias, tanto entre las partes contratantes como entre alguna de las partes contratantes y los inversores de la otra parte. Se establece, en todos los APPRI, preferencia por la resolución amistosa de los conflictos mediante medios diplomáticos y, en defecto de satisfacción por este cauce, el sometimiento a tribunales arbitrales.

3.2 Estándares de protección a las inversiones extranjeras

3.2.1 Estándar de Trato Nacional (TN)

El principio de trato nacional se encuentra recogido en acuerdos internacionales como, por ejemplo, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas

⁴ Las fechas que se muestran son las de entrada en vigor de los acuerdos

en inglés) o el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El art. 3 del GATT (*“Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores”*) establece lo siguiente: *“Los productos del territorio de toda parte contratante importados (...) no estarán sujetos (...) a impuestos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares.”*

En definitiva, este estándar de carácter relativo tiene como finalidad situar a los productos extranjeros, es decir, el objeto de la inversión, en un plano de igualdad respecto de los productos nacionales (Ampuero Miranda, 2008).

El art. 3 del ADPIC, por su parte, recoge un concepto de trato nacional quizás algo más restringido, por establecer bastantes excepciones recogidas en otros instrumentos internacionales como los Convenios de París, de Berna o de Roma. Sin embargo, la base sigue siendo la misma: *“Cada miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual”* (art. 3 del ADPIC).

Concluye Ampuero Miranda (2008, pág. 336) que las cláusulas que incluyen el trato nacional como estándar de protección para las partes que en ellas se amparan, tienen varios elementos comunes y distintivos. La autora destaca los siguientes elementos:

1. Garantía y protección: Al firmarse estos acuerdos, los Estados se comprometen a otorgar cierto nivel de protección a los productos o servicios extranjeros. En este caso, se trata de una seguridad equiparable a aquella de que gozan los productores nacionales. En caso de incumplimiento de lo estipulado, como sucedería en caso de incumplimiento de cualquier otra cláusula contractual, se protege al inversor mediante la posibilidad de interposición de una reclamación de indemnización por daños.
2. Elemento comparativo: La finalidad de la cláusula es *“que los inversionistas e inversiones nacionales y extranjeros se encuentren en circunstancias similares.”* (Ampuero Miranda, 2008, pág. 337) Cabe destacar que, efectivamente, *“el*

extranjero debe probar que se encuentra en circunstancias semejantes a las del nacional para poder exigir el mismo trato” (ibíd.).

3.2.2 Estándar de Nación Más Favorecida (NMF)

Para entender este estándar, veamos la redacción del art. 1.1 (*“Trato general de la nación más favorecida”*) del GATT: *“cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido (...) a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”*. Sin perjuicio de lo anterior, se admiten algunas, contadas, excepciones al principio de nación más favorecida que obliga a la extensión de efectos otorgados a un Estado a todos los demás que se acojan a los requisitos necesarios para que puedan ser beneficiarios de este régimen. Por ejemplo, las excepciones relativas a la seguridad (art. 21 GATT) permiten la no interpretación de lo dispuesto en el art. 1.1 como obligación a cargo de una parte contratante de actuar de forma que pueda dañar sus propios intereses de seguridad nacional. A diferencia de la protección otorgada por el trato nacional, que, como hemos explicado anteriormente, equipara a nacionales y extranjeros, el estándar de nación más favorecida iguala a todos los inversores extranjeros en *“circunstancias de hecho similares”* (Ampuero Miranda, 2008, pág. 337). Evidentemente, la consecución de la inclusión de esta cláusula en un acuerdo de inversión constituye un mayor logro, sobre todo para países que tienen un poder de negociación inferior respecto de otros Estados con mayor poder (Ampuero Miranda, 2008, pág. 339).

En relación con los elementos de garantía y protección, a diferencia de si se incluyera el estándar mencionado en el apartado anterior (trato nacional), si se contara con una cláusula de nación más favorecida, esto supondría la posibilidad para cualquier inversor extranjero de exigir la protección que le ha sido otorgada a la nación más protegida, con todos los beneficios que esto entraña.

El caso *CE-Banano III* (Organización Mundial del Comercio, N/A) es ilustrativo de lo que supone el trato de nación más favorecida en la práctica. Ecuador, tras entrar a formar parte en la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1996, solicitó reunirse con las Comunidades Europeas para tratar cuestiones de índole comercial, sobre todo lo relativo a tarifas y

condiciones aduaneras aplicables sus bananos en el momento de la exportación a países europeos.

A efectos de tratar esta situación, se constituyó un Grupo Especial para el cumplimiento que examinó las alegaciones formuladas por los demandantes (Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos). Tras la investigación realizada, se constató que mediante el arancel aplicado a la importación de banano por las Comunidades Europeas, además de como consecuencia de otros factores arancelarios y aduaneros que no se acogían a ninguna exención- concretamente la Exención de Doha- que pudiera justificar su implantación, se *“habían anulado o menoscabado ventajas resultantes de ese Acuerdo [disposiciones del GATT 1994] para el Ecuador”*. En definitiva, otros Estados habían estado disfrutando de unas condiciones comerciales respecto de sus productos que no le había sido ofrecido a Ecuador respecto de los mismos artículos; constituyendo esta distinción una clara violación del principio de nación más favorecida del que era merecedor Ecuador.

3.2.3 Estándar de trato justo y equitativo (FET)

El siguiente principio que analizaremos será el de trato justo y equitativo, que, a diferencia del Trato Nacional y del Trato de Nación Más Favorecida, es definido como estándar absoluto, por no necesitar comparación con la situación comercial disfrutada por otros países y por, generalmente, estar definido y desarrollado en el acuerdo de que se trate (Ampuero Miranda, 2008, pág. 335).

3.2.3.1 Desarrollo histórico y normativo del concepto: Primeras apariciones en el Derecho Administrativo e Internacional de las Inversiones

La Carta de la Habana para una Organización Internacional del Comercio (1948) tenía como propósito, entre otros y tal y como indica su artículo primero, fomentar, facilitar y procurar relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados parte en materia de comercio y empleo. Como un instrumento más para la consecución de sus objetivos, se incluyó un artículo de *“Tratamiento no discriminatorio”* (artículo 29), que establecía lo siguiente: *“Respecto a tales importaciones y respecto a las leyes, los reglamentos y requisitos (...), los Miembros otorgarán al comercio de los otros Miembros un tratamiento justo y equitativo.”*

Además, el artículo 72 de la Carta, que enumera las funciones de la Organización que pretendía crear, incluye “*asegurar un tratamiento justo y equitativo a las empresas y a las nacionales extranjeras*” en su lista. En definitiva, la Carta de la Habana fue el primer instrumento internacional que, aunque nunca llegó a ser efectivamente implementado, hizo referencia explícita a la expresión de “principio de trato justo y equitativo” (OECD, 2004). A partir de este momento, se empezaron a incluir disposiciones en los actos, acuerdos y contratos comerciales que, o bien hacían mención expresa al término de trato justo y equitativo, o bien reflejaban su espíritu (ibíd.).

Como muestra de lo anteriormente expuesto, países como Estados Unidos también incluyeron el estándar de trato justo y equitativo en sus Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (FCN) (UNCTAD, 1999). Hemos de hacer especial énfasis en el Anteproyecto de Convenio sobre Inversiones en el Extranjero Abs-Shawcross; acuerdo multilateral que fue pionero en el establecimiento de protección básica a inversores extranjeros (ibíd.). Este Convenio, aunque no llegó a ser ratificado, es importante, entre otras razones, por ser la propuesta más seria de protección de las inversiones extranjeras desde el fin de la Primera Guerra Mundial (International Investment Instruments: A Compendium, N/A). El artículo primero de este documento establecía que cada parte debía asegurar en todo momento el trato justo y equitativo a la propiedad extranjera, que a este fin tampoco debía ser objeto de medidas irrazonables o discriminatorias.

En los últimos años, el grueso de la actividad comercial entre Estados, por lo menos el causante de mayor conflicto en el sector energético español, se ha desarrollado en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs).

En este sentido, el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), acuerdo multilateral que proporciona un marco legal internacional de referencia para la cooperación energética, sobre todo en Europa (Patrizia, C., Profaizer, J., Timofeyev, I., Cooper, S., N/A), incluye un artículo, el 10.1⁵, importantísimo y alegado en posiblemente todos los arbitrajes internacionales de

⁵ Art. 10.1 TCE: De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentaran y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contara el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozaran, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso,

inversión respecto de disputas energéticas, relativo a la “*promoción, protección y trato de las inversiones*”.

3.2.3.1 Concepto y contenido del principio de trato justo y equitativo

El concepto de trato justo y equitativo es difícil de definir, pues, como ya se ha indicado varias veces a lo largo de este trabajo, está en un constante proceso de configuración y evolución en la legislación nacional e internacional, la doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones arbitrales. Sin embargo, suscribimos la definición ofrecida por el Documento de Trabajo sobre Inversión Internacional 2004/03 publicado por la OCDE (2004). Este informe subraya que el trato justo y equitativo forma parte del paquete de garantías de protección que ofrece el Estado a sus inversores internacionales y es, en sí mismo, un concepto parcialmente abstracto cuya existencia se ha consolidado a través de su inclusión en incontables TBI y que requiere de la precisión de sus condiciones especiales de aplicación para poder entender su significado.

A la hora de juzgar si un Estado ha otorgado un trato justo y equitativo a un inversor extranjero determinado que cuestiona la licitud de la actuación, activa u omisiva, de la Administración, es importante conocer el parámetro comparativo y el marco regulatorio en que se ha de basar el análisis para justificar la decisión del órgano o tribunal competente. La doctrina se ha debatido entre medir el trato objeto de disputa en relación con el estándar mínimo internacional, con todo tipo de fuente del Derecho Internacional, o en sí mismo por ser el principio de trato justo y equitativo un principio autónomo (OECD, 2004, pág. 2). Difícilmente puede defenderse la postura- ya de por sí poco popular- de que el principio de trato justo y equitativo nace y se agota en sí mismo; sería prácticamente afirmar que existe en un vacío. Como sabemos, en sí mismo el trato justo y equitativo tiene débil entidad y, además, está relacionado con máximas como la seguridad jurídica y otros principios como los de legalidad, transparencia en la actuación de la Administración, no discriminación o expectativas legítimas.

disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

Por lo anteriormente expuesto y por entender que el estándar mínimo de trato engloba, pero no se limita, al trato justo y equitativo, mantenemos la postura de que se ha de entender la naturaleza, el contenido y los límites del trato justo y equitativo en relación con elementos de Derecho Internacional.

En cuanto al contenido del principio de trato justo y equitativo, vamos a tratar, por una parte, la obligación de vigilancia y protección de las inversiones extranjeras y, en segundo lugar, el debido proceso en estrecha relación con la denegación de la justicia y la arbitrariedad de la Administración y los tribunales (Prieto, 2013, pág. 50). Todo esto sin perder de vista que el respeto a las expectativas legítimas del inversor también forma parte del concepto de trato justo y equitativo. Sin embargo, por ser este un principio tan controvertido y por haber sido alegado individualmente constantemente en los tribunales en el marco de disputas en materia energética, será analizado detalladamente y por separado en los siguientes apartados.

La obligación de vigilancia y protección de las inversiones extranjeras es una de las mayores aportaciones en cuanto a seguridad que ofrecen los Tratados Bilaterales de Inversión. Si observamos, por ejemplo, el TBI suscrito entre España y Panamá, con especial atención a su artículo cuarto (*“Protección”*)⁶, destaca la mención que hace a la *“plena protección y seguridad”*. Es importante establecer el grado de protección y seguridad que implica esta expresión. Pues bien, la plena protección implica *“no únicamente (...) la obligación positiva de brindar protección a la inversión contra amenazas físicas, sino que (...) abarca también elementos como la estabilidad del marco legal”* (Prieto, 2013, pág. 52). Los compromisos de protección que asume España en sus APPRI y que también están reflejados en la Carta de la Energía, han servido de fundamentación para numerosas reclamaciones formuladas por inversores del sector energético a nuestro país. En palabras de Requena Casanova (2019, pág. 3), la incoación de un gran número de procedimientos arbitrales viene motivado por *“inversores (...) [que] argumentan que las reformas repentinas y abruptas en el régimen jurídico de promoción de las energías renovables supone una violación de los compromisos*

⁶ Art. 4 APPRI España/Panamá (1998): “1. Las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante deberán recibir en todo momento un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional. 2. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, el funcionamiento, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, expansión y la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones. Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

de protección asumidos por España". Los tribunales arbitrales internacionales, tal y como veremos en el apartado quinto, han venido reconociendo estas pretensiones como ciertas; lo que demuestra cuan amplia la protección y la seguridad que se reconoce a las inversiones extranjeras.

También es importante, bajo el paraguas de la obligación de vigilancia y protección, mencionar la prohibición de expropiación- directa o de valor- sin que medie justa causa y pago de la correspondiente indemnización. Como sabemos, la legislación administrativa española recoge la preceptividad de estos factores. En el apartado de justificación de la reforma de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, se destaca lo siguiente: *"decidida la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la (...) prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover (...) la transmisión imperativa del derecho expropiado y para hacer efectiva (...) la justa indemnización"*. Además, el artículo 13 (*"Expropiación"*) del TCE también prohíbe la nacionalización, expropiación o la aplicación de medidas de efecto equivalente⁷, salvo que se lleve a cabo *"por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva"*.

Si atendemos a los APPRI concluidos por España, podremos observar las directrices que se incluyen para el cálculo del montante que habrá de recibir el inversor en concepto de indemnización por expropiación, en algunos de forma más detallada que en otros. Por ejemplo, el artículo 5 del acuerdo con Guinea Ecuatorial (*"Nacionalización y expropiación"*)⁸ recoge

⁷ Medidas de efecto equivalente: "(...) toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas" (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1974- Asunto 8/74)

⁸ Art. 5 APPRI España/Guinea Ecuatorial: "2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante «fecha de valoración»). 3. El valor de mercado se expresará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible. 4. El inversor afectado tendrá derecho, conforme la Ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión de su caso, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo. 5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que

que se otorgará una indemnización de acuerdo con el valor de mercado de lo expropiado inmediatamente antes de ser adoptadas las medidas por la Administración, además de mencionarse la moneda en que se expresará la indemnización, los intereses a tipo comercial fijado o los derechos que habrán de asistir al inversor como sujeto pasivo del proceso.

Finalmente, en relación con la obligación de vigilancia y protección, hemos de mencionar dos últimos mandatos: “*la obligación de garantizar la libertad de las transferencias de las rentas de inversión*” (Pascual Vives, 2009, pág. 433) y las “*cláusulas de cobertura/umbrella clauses*” (Pascual Vives, 2009, pág. 435).

La obligación de garantizar la libertad de las transferencias de todos los pagos relativos a la inversión se refiere a la posición del inversor y al cumplimiento último de la finalidad de su inversión; la obtención del rendimiento de su actividad y la remoción de obstáculos para facilitar el mantenimiento de la inversión y demás posibles vicisitudes a ella relativas.

Pues bien, el Estado receptor habrá de garantizar que esto sea posible, impidiendo, como hemos dicho, “*que (...) se puedan establecer trabas legales para liquidar [las rentas] y hacerlas efectivas*” (Pascual Vives, 2009, pág. 433). El APPRI con Libia (Art. 7 “*Transferencias*”)⁹ incluye una lista, *numerus apertus*, de transferencias que merecen la protección de la cláusula de libre transferencia. En general, todos los acuerdos de inversión incluyen una cláusula de este tipo.

Por su parte, las cláusulas de cobertura son mecanismos presentes en los Tratados Bilaterales de Inversión y otros instrumentos internacionales reguladores comerciales y de

esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente, y en la que exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente Artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva.”

⁹ Art. 7 APPRI España/Libia: “**1.** Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones. Dichas transferencias incluirán, en particular, aunque no exclusivamente: *a)* el capital inicial y los importes adicionales utilizados para mantener y ampliar la inversión; *b)* las rentas de la inversión, con arreglo a la definición del artículo 1; *c)* los fondos en concepto de reembolso de préstamos relacionados con una inversión; *d)* las indemnizaciones previstas en los artículos 5 y 6; *e)* el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión; *f)* una cantidad adecuada de ingresos y otras remuneraciones del personal contratado del extranjero en relación con una inversión; *g)* los pagos derivados de la solución de controversias. **2.** Las transferencias a que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora, en una moneda libremente convertible y al tipo de cambio de mercado aplicable en la fecha de transferencia.”

inversión, que disponen la posibilidad de recurrir a métodos alternativos de resolución de conflictos (fundamentalmente, el arbitraje). Estas cláusulas no están exentas de debate o controversia, pues el estilo de su redacción suele generar dudas acerca de qué tipo de problemas pueden ser resueltos por tribunales arbitrales en vez de tener que ser sometidos al conocimiento de los Tribunales nacionales del Estado receptor (Pascual Vives, 2009, pág. 436); opción que normalmente suelen descartar los inversores extranjeros. Como subraya Bandrés de Lucas (2016, pág. 100), *“a medida que la jurisprudencia sobre este asunto ha evolucionado, los inversores no pueden estar seguros de que las demandas sustentadas sobre este propuesto prosperarán”*. Este autor (ibíd.) distingue entre tres tipos de cláusulas de cobertura: las restrictivas, las cláusulas prototipo y aquellas que han sido redactadas de manera sumamente amplia. Entre estos tipos, existen diferencias notables en cuanto a la claridad del contenido dependiendo del tipo de cláusula de que se trate, pero Bandrés de Lucas (2016, pág. 108) concluye que, a pesar del matiz que eso comporta, *“no es fácil para un inversor confiar en que una cláusula de este tipo es una opción beneficiosa para reclamar una indemnización por daños a su inversión.”* Además, defiende (ibíd.), uno de los problemas más importantes es que *“tampoco está claro si el inversor puede confiar en las protecciones basadas en tratados si existe una cláusula de jurisdicción exclusiva en el contrato de que se trate que excluya la posibilidad de acudir al arbitraje internacional.”*

El último punto que destacaremos en relación con el trato justo y equitativo es la garantía del debido proceso, en estrecha relación con la denegación de justicia y la arbitrariedad de la Administración y los tribunales nacionales (Prieto, 2013, pág. 55). En España, el art. 24 de la Constitución¹⁰ recoge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que protege a todo tipo de persona; física y jurídica, nacional o extranjera (“Sinopsis artículo 24”, N/D). En cuanto al contenido de la garantía del debido proceso (ibíd.) los derechos más significativos son el

¹⁰ Art. 24 Constitución Española: **1.** Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. **2.** Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia./ La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

derecho de libre acceso al sistema jurisdiccional¹¹, el derecho a obtener sentencia definitiva, el derecho al cumplimiento de la sentencia y el derecho a interponer los recursos legales, así como la prohibición de la indefensión, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a ser informado correctamente de la acusación o el procedimiento cursados, el derecho a un proceso público con todas las garantías y el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para ejercer la defensa.

También está protegido en el Derecho Internacional de Inversión el derecho al acceso al debido proceso administrativo (Prieto, 2013, pág. 55), y su denegación por parte del Estado receptor de la inversión constituye una violación del principio de trato justo y equitativo. Así, en el caso *Olin Holdings Ltd v. Libya*, el Tribunal arbitral concluyó que el Estado receptor violó el estándar de trato justo y equitativo del que era merecedor el inversor chipriota, por no haberse respetado los mínimos de transparencia en el proceso administrativo de expropiación de los activos de Olin.

¹¹ El Art. 10 (12) TCE también establece que “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”

4. Principio de expectativas legítimas

4.1 Concepto

El principio de expectativas legítimas, como derivado del principio de seguridad jurídica, supone la protección de *“la confianza que los destinatarios de [las actuaciones públicas] pueden tener en la estabilidad, al menos por un cierto tiempo, de las situaciones establecidas sobre la base de dichas reglas”* (Sanz Rubiales, 2000, pág. 101). En definitiva, se trata de una vertiente del principio de seguridad jurídica; una suerte de promesa de la consistencia y permanencia de las normas que rigen las relaciones jurídicas y, en este caso en particular, las inversiones. Es decir, se protege la confianza depositada por aquellos que invierten en condiciones proporcionadas por un marco jurídico determinado y que ha de garantizar condiciones similares o iguales, evitando fluctuaciones o cambios en la normativa que, de haberse aprobado en esos términos, con poca probabilidad hubiera atraído a ese inversor. Sin embargo, *“no ampara creencias subjetivas de los administrados ni descansa sobre meras expectativas acerca de la invariabilidad de las circunstancias fácticas o jurídicas”* (Álvarez Barbeito, P., & Arias Plaza, R., 2018). Es decir, no basta *“cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”* (Muñoz Machado, 2016, pág. 146).

Sin embargo, también los principios generales del derecho orientados a proteger la seguridad jurídica pueden, paradójicamente, resultar inciertos. ¿Es entonces el principio de expectativas legítimas una especie de cláusula de estabilización de los contratos que prohíbe taxativamente los cambios regulatorios o contractuales? ¿Cuáles son las condiciones que permitirían al Estado alterar los pactos suscritos sin ser sancionado? Estas son cuestiones que analizaremos cuando tratemos las consecuencias del incumplimiento de los principios de confianza legítima y trato justo y equitativo y estudiemos ejemplos de sentencias nacionales e internacionales y laudos arbitrales en resolución de conflictos que se suscitaron en el seno del sector energético español.

Adelantamos que, aunque la opinión reciente de los tribunales arbitrales haya sido prácticamente unánime al condenar al Estado español recurrentemente al pago de indemnizaciones a empresas del sector energético por incumplimiento de los principios objeto

de estudio, la existencia de opiniones jurisprudenciales y doctrinales contrarias a esa solución hacen complicada la delineación de sus límites y la respuesta a las preguntas anteriormente planteadas.

En primer lugar, por ejemplo, la STC 270/2015 declara la compatibilidad del principio de confianza legítima con los cambios regulatorios por parte de la Administración, pues entiende el Tribunal que no puede pretenderse por parte del inversor que una pieza de legislación aprobada en un momento determinado constituya un *imperium sine fine* a manos del administrado; limitando a su vez la potestad regulatoria o legislativa de órganos perfectamente competentes para esa actividad. Subraya además la Sentencia que no puede obviarse la “*cambiante realidad económica*” (FJ 7º) y que “*los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente*” (FJ 7º).

Entiendo que parte de la dificultad de la defensa de estas nociones y la delimitación uniforme de los conceptos, que por fin permita una consagración última y única del contenido de los mismos para favorecer la unidad de actuación y una disminución de los conflictos entre Estados e inversores, reside en la tensión entre presiones capitalistas y globalizadoras que abogan unas condiciones de inversión cuasi perfectas, prácticamente carentes de riesgo, y el derecho de los Estados soberanos a elegir y adaptar sus políticas de inversión e incentivos en tiempos desfavorables de crisis económica o desaceleración.

Se defiende en este trabajo que, efectivamente, en sectores regulados donde la intervención del Estado es irrefutable, y probablemente también necesaria, los operadores del mercado energético requieren un margen de actuación favorable que facilite el desenvolvimiento de la actividad privada; pues la inseguridad del contexto y las normas, así como la disminución en ocasiones prohibitiva de retribuciones e incentivos (extremo este que no será objeto de análisis en el presente trabajo, por desbordar los límites que le son propios), constituye en ocasiones un mal e injusto trato. Sin embargo, el juzgador habrá de realizar un análisis minucioso, caso por caso, para asegurar que los derechos de los inversores no se transforman en abuso.

Atendiendo a otras definiciones del principio de expectativas legítimas, el Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, en su artículo 10, ordena que “*las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y*

transparentes para que los inversores (...) realicen inversiones en su territorio.” Además, también conforme a este artículo, “Estas inversiones gozarán (...) de una protección y seguridad completas”.

En el APPRI firmado entre España y la República Argentina en el año 1991, el Artículo III señala que *“Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación (...) y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute (...) de tales inversiones”*. Sin embargo, llama la atención que, en el APPRI firmado con Bahrein en 2008, el lenguaje empleado es mucho más explícito y ofrece, a nuestro parecer, una protección mayor al inversor que la redacción del APPRI entre España y Argentina. Así, el Art. 3.1 recoge que *“las inversiones realizadas (...) obtendrán en todo momento un trato justo y equitativo y disfrutarán de plena protección (...) [conforme] al Derecho Internacional”*, además de recoger la prohibición de toda obstaculización de cualquier aspecto relativo a las inversiones realizadas.

A colación de lo anteriormente expuesto, conviene ahora introducir el concepto de riesgo regulatorio, esto es, la posibilidad existente de que ciertos mercados regulados, entre ellos el sector de la energía y las renovables en particular, vean modificadas o reformadas las normas que rigen sus relaciones jurídicas (Garcés Sanagustín, 2014, pág. 18). Es importante destacar que el riesgo regulatorio es un factor conocido por el operador (ibíd.). Y es que, como ya anticipábamos en apartados anteriores, es inevitable preguntarse hasta qué punto puede compararse el principio de confianza legítima en la estabilidad de la normativa aplicable con cláusulas de estabilización en los contratos. ¿Acaso no entraña toda actividad económica un riesgo intrínseco?

A pesar de ser el riesgo regulatorio un límite al principio de expectativas legítimas, también han de establecerse limitaciones a dicho riesgo. Entre las más importantes se encuentran la fijación de un periodo regulatorio (Garcés Sanagustín, 2014, pág. 22) y la irretroactividad de las normas (Garcés Sanagustín, 2014, pág. 34).

La fijación de un periodo regulatorio es una exigencia del principio de seguridad jurídica, pues, aunque la empresa tenga que aceptar el otorgamiento de un margen de maniobra a la Administración para adaptar la regulación a las exigencias de la actualidad político-económica y no pueda pretender la inalterabilidad *in perpetuum*, también es razonable que el operador

conozca la duración del periodo de vigencia de las normas que son aplicables a su actividad. En definitiva, resume Garcés Sanagustín (2014, pág. 23), “*se trata (...) de hacer «previsible» el sistema y de que las inversiones se realicen sobre la seguridad que ofrece un horizonte de estabilidad durante [un periodo determinado]”.*

4.2 Desarrollo histórico: Hitos jurisprudenciales sobre el reconocimiento del principio de expectativas legítimas

Sirva este apartado para subrayar los pronunciamientos más significativos en lo que al nacimiento del principio de expectativas legítimas se refiere.

En un primer momento, las sentencias dictadas surgían de conflictos entre particulares y la Administración. Aun cuando en España no existan apenas pronunciamientos relativos a la violación de este principio en las décadas de los ochenta y los noventa del siglo pasado, las máximas de confianza legítima y trato justo y equitativo adquirieron gran protagonismo durante los años de la crisis económica como consecuencia de los cambios regulatorios que implementaron los países miembros de la Unión Europea, entre ellos España. Sin embargo, este extremo lo estudiaremos más adelante con las consecuencias del incumplimiento de los principios; ahora interesa entender el origen de estos.

Pues bien, parece estar de acuerdo la doctrina al señalar que el origen del principio de confianza legítima se encuentra en la jurisprudencia alemana, específicamente en las sentencias *OVG Berlín (Tribunal Superior Administrativo) de 14 de noviembre de 1956* y *BverfG (Tribunal Constitucional alemán) de 19 de diciembre de 1961* (León Caveró, 2011). La primera sentencia, relativa a la prohibición de retirada de una pensión de viudedad erróneamente notificada tras la promesa de su otorgamiento bajo condición de traslado, supuso un punto de partida para el desarrollo del principio de seguridad jurídica en Alemania y sirvió de inspiración para otros países europeos (Rohwer-Kahlmann, 1962, pág. 50).

Por su parte, la sentencia *BverfG de 19 de diciembre de 1961* declara la prohibición para el legislador de extender el efecto retroactivo de una ley, en este caso referente al sistema fiscal, a aspectos que no tengan que ver con ambigüedades o lagunas en la regulación legal original. Aunque estas sentencias hacen referencia a la seguridad jurídica para particulares frente al legislador, sirven de fundamento para el posterior desarrollo de legislación para regir la

relación entre empresas y la Administración en los sectores regulados. Hay que matizar que la ligera diferencia entre seguridad jurídica y confianza legítima está en que la seguridad puede también recoger los intereses de los poderes públicos, mientras que las expectativas legítimas hacen referencia a la protección de los intereses de los administrados (Castillo Blanco, 1998, pág. 275).

En cuanto a la jurisprudencia europea, hemos de destacar tres importantes sentencias. En primer lugar, en *Compagnie des forges de Châtillon, Commentry & Neuves-Maisons v High Authority of the ESCS (1996)*, la Corte argumenta que es infundada la reclamación de daños y perjuicios interpuesta por la compañía, entre otras cosas, por no reunirse los requisitos del principio de confianza legítima. La Corte declara que estos requisitos son: existencia de una decisión emanada de la autoridad competente, que dicha decisión esté destinada a producir efectos jurídicos y, finalmente, que constituya la culminación del procedimiento por parte de la autoridad de que se trate; permitiendo la forma de la resolución identificar la naturaleza de esta.

En *Sofrimport SARL v Comisión de las Comunidades Europeas*, se subraya que surge responsabilidad extracontractual a cargo de la Comisión por el quebrantamiento de la confianza legítima de la demandante. Cabe destacar la siguiente apreciación que recoge el Tribunal: “*sólo puede originarse la responsabilidad de la Comunidad por un acto normativo que suponga una elección de política económica cuando se haya producido una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de derecho que proteja a los particulares*” (párr. 25). En definitiva, esgrimió el Tribunal que, siendo la finalidad del Reglamento objeto de controversia en *Sofrimport v Comisión* la protección de los intereses de las empresas del sector, naturalmente se originó un sentimiento fundado de confianza respecto de esa normativa, cuya violación injustificada merece ser sancionada. Además, los daños que sufrió *Sofrimport*, señala el TJUE, son mayores que el riesgo económico que toda empresa ha de asumir y en efecto asume.

En otro orden de cosas, *Lageder y otros v Amministrazione delle finance dello Stato (1993)* es importante por recalcar el Tribunal la pertenencia del principio de confianza legítima al ordenamiento jurídico europeo y, por tanto, estar los Estados miembros en la obligación de aplicar dicha máxima, como consecuencia de su pertenencia al Derecho de la Unión.

Además, la sentencia mencionada recuerda lo que ya introdujo en *Hauptzollamt Krefeld v Maizena GMBH*, y es que las actuaciones de los Estados que se aparten de los mandatos del Derecho de la Unión no pueden crear expectativas legítimas en las empresas y los particulares.

También se han dictado importantes sentencias en España sobre el principio de confianza legítima. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia inicial se refería a la confianza legítima en contadas ocasiones o simplemente como extensión de la seguridad jurídica o el principio de legalidad, en relación con conceptos como la interdicción de la arbitrariedad, la irretroactividad de las normas (León Cavero, 2011) o la doctrina de los actos propios¹².

En cuanto al Tribunal Constitucional, la STC 150/1990, de 4 de octubre, señaló que el “[principio de seguridad jurídica] protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”. Por otra parte, la STC 173/1996, de 31 de octubre también sostuvo la falta de previsibilidad razonable como posible causa de vulneración del principio de confianza legítima de los ciudadanos, sin que se pueda entender esto como absoluto, “*pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente*” (FJ 2º). La STC 104/2000, de 13 de abril, expone que solo podrá entenderse como quebrantado el principio de seguridad jurídica si se generan dudas sobre las conductas exigidas a los operadores o ciudadanos o sobre los efectos que acarrea la normativa de que se trate (FJ 7º). Esta sentencia también recuerda que el principio abordado, al igual que los demás principios recogidos y que se derivan del Art. 9.3 CE¹³, deben entenderse como partes de un todo y no como compartimentos estancos; cobran sentido en cuanto se ponen al servicio del cumplimiento de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho (FJ 6º).

¹² Definición de doctrina de los actos propios según jurisprudencia constitucional: “(...) vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos.” (STC 198/1988, de 24 de octubre)

¹³ Art. 9.3 de la Constitución Española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989 es la primera que encontramos de este órgano que hace referencia al principio de confianza legítima, aunque no hace mención explícita a él (Muñoz Machado, 2016, pág. 145). Así, el caso versa sobre un centro escolar que venía percibiendo una subvención de la Administración y, al serle retirada, entiende el Tribunal que se frustraron sus expectativas, que eran legítimamente fundadas, de recibir dicha prestación para el curso objeto de controversia. Son también significativas las Sentencias del Supremo de 27 de enero de 1990 y 1 de febrero de 1990 (Muñoz Machado, 2016, pág. 146), en las que el Tribunal señala *“la necesidad de preservar un marco jurídico que dote de cierta estabilidad al mercado y, consiguientemente, que los operadores (...) puedan confiar en el mantenimiento de las circunstancias y entornos jurídicos que les permiten adoptar decisiones de futuro”*.

5. Conflicto en el sector energético español: Estudio del incumplimiento de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo a través del análisis de sentencias judiciales y laudos arbitrales¹⁴

La Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 tiene como objeto la pretendida inconstitucionalidad de algunos preceptos del RDL 9/2013, en concreto los artículos 1.2 y 2.3, la Disposición Adicional 1ª, Disposición Transitoria 3ª y la Disposición Final 2ª. A efectos de nuestro estudio, interesa analizar los fundamentos jurídicos de la decisión adoptada por el Tribunal en relación con el artículo 9.3 CE (irretroactividad de las normas, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad); es decir, “[si] Estado, con la aprobación de este Decreto, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros” (FJ 6º) en cuanto al trato justo y equitativo y, sobre todo, la confianza legítima. Pues bien, los preceptos anteriormente citados del RDL 9/2013, establecían un nuevo régimen retributivo para instalaciones renovables mediante el cual desaparecía el régimen de tarifas. A partir de la aprobación de este Decreto, los operadores dependían de un sistema de ingresos derivados de su rol en el mercado (Antecedente 1º). Además, los demandantes alegaban que la redacción de las disposiciones impugnadas, al introducir conceptos indeterminados, creaba una situación de inseguridad jurídica.

El Tribunal rechaza el argumento de inseguridad jurídica, pues el contenido de los artículos era preciso, previsible y los efectos que creaban eran permanentemente determinados. Asimismo, resuelve que la confianza legítima es compatible con la modificación del régimen retributivo por motivos de interés general, una realidad cambiante y una situación de crisis económica generalizada. En definitiva, un “operador económico prudente y diligente” (FJ 7º) podría haber comprobado la licitud de estas modificaciones regulatorias, sin ser la confianza legítima “un obstáculo insalvable” (ibíd.).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 1256/2017 tiene como objeto, entre otros argumentos esgrimidos por la parte demandante, la supuesta violación de los principios de trato justo y equitativo y expectativas legítimas (particularmente las expectativas de rentabilidad razonable), de proporcionalidad, de estabilidad a largo plazo y seguridad a los inversores en el sector de las energías renovables protegida por la Directiva 2009/28/CE y de irretroactividad

¹⁴ Para la redacción de dicho apartado, las únicas fuentes utilizadas son los laudos y las sentencias que se detallan.

de la norma, por el cambio en los criterios de retribución y determinación de la rentabilidad, de producción energética al de potencia ofrecida, que no solo afectaba a instalaciones futuras sino también a las ya existentes.

El Alto Tribunal recordó que los elementos regulatorios no son permanentes, y menos aún en un sector como el energético, que está sujeto a una gran intervención de carácter administrativo. De forma análoga, otros sectores sujetos a una regulación más extensiva y estricta, defiende, también habían sufrido modificaciones similares. En definitiva, la confianza legítima no supone la protección de una estabilidad regulatoria absoluta; pues la congelación regulatoria “*no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico*” (FJ 4º). Lo más destacable es la distinción que realiza el Supremo entre el derecho del que efectivamente gozan los operadores del sector de las renovables a una rentabilidad razonable y el derecho a “*que se mantenga inalterado el marco retributivo*” (FJ 4º), pues la existencia de un contexto específico en un momento determinado en el tiempo no supone “*compromisos o signos externos concluyentes de la Administración en relación con la inalterabilidad [del mismo]*” (FJ 4º).

En el año 2017, ROFEICA ENERGÍA S. A (STS 3268/2017), interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014, solicitando la declaración de nulidad de ciertas disposiciones e indemnización por daños y perjuicios por, entre otras cosas, ser contrarias estas normas reglamentarias a lo establecido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En su demanda, ROFEICA alega que el nuevo régimen de retribución que introducen las normas anteriormente citadas creaba una situación de desigualdad y discriminación entre el tipo de instalación que la demandante explotaba y las instalaciones de otros operadores del mercado; colocando a ROFEICA en una situación de desventaja competitiva.

Sin embargo, el Alto Tribunal considera que las normas reglamentarias recurridas no creaban “*ex novo*” un régimen retributivo específico “*desconocido o al menos imprevisible en su configuración legal*” (FJ 3º), por lo que no puede establecerse que se creara una situación de inseguridad jurídica que afectara a la posición de los “*operadores en el ámbito de la cogeneración*” (FJ 5º); área de actividad empresarial de ROFEICA. Además, recalca el Tribunal, el régimen introducido no eliminaba la retribución percibida y respetaba la rentabilidad razonable de las inversiones realizadas, debiendo entender la parte recurrente que

evitar la “sobre retribución de determinadas instalaciones” no está en “disconformidad con los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima.” Así, hemos de destacar que “no puede ser calificado como expectativa legítima (...) una vez garantizada esa rentabilidad razonable, el mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores. (FJ 4º)

En su Sentencia 2727/2018, el Tribunal Supremo rechaza otorgar indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración por daños producidos por la entrada en vigor de los RDL 9/2013, 413/2014 y la orden IET 1045/2014. Es criticable, a nuestro parecer, el método que emplea el Tribunal a la hora de dictar sentencia, de limitarse a citar anteriores sentencias con objeto igual “por razones de unidad de doctrina” (FJ 2º). De forma similar, el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos introduce voto particular en la STC 270/2015, en que critica la falta de “desarrollo del significado constitucional del principio de confianza legítima”, echando en falta “una respuesta sólida y fundada a la cuestión controvertida del respeto al principio de confianza legítima”.

Volviendo a los fundamentos jurídicos que motivaron la Sentencia 2727/2018, el Tribunal explica el nuevo régimen retributivo introducido por las disposiciones recurridas para atajar el problema del déficit tarifario; basado en la eliminación de la posibilidad de percibir una tarifa regulada por cesión de la producción eléctrica al sistema, siendo la única opción la garantía de rentabilidad razonable mediante la participación en el mercado y un plus en caso de no cubrir costes, según los parámetros de la “empresa eficiente y bien gestionada” (FJ 2º).

Finalmente, entendió el Supremo que los daños sufridos no eran indemnizables porque el régimen jurídico inicial durante cuya vigencia se realizó la inversión no contemplaba “un régimen tarifario para siempre (...) ni tampoco que el Gobierno, en el ejercicio de [su] potestad reglamentaria (...) no pueda adoptar o modificar ese régimen para acometer las nuevas circunstancias” (FJ 2º)

Por lo general, los Tribunales españoles son reacios a reconocer un derecho a la indemnización por daños y perjuicios sufridos por las empresas inversoras en el sector energético por las consecuencias negativas y en contravención de sus derechos de trato justo y equitativo, sobre todo en lo concerniente a las expectativas legítimas. Los Tribunales

nacionales se basan en la inexistencia de signos externos concretos lo suficiente concluyentes para poder afirmar que el Estado adquirió obligaciones respecto de los administrados que están por encima o que deben de ser respetadas en perjuicio de la potestad reguladora de que dispone la Administración. Sin embargo, veremos a continuación como la tendencia es opuesta cuando se trata de laudos emitidos por tribunales arbitrales en relación con las inversiones extranjeras en España.

En el *caso Eiser Infrastructure Limited v España*, efectivamente, el Tribunal arbitral concluye que, “*en ausencia de compromisos explícitos directamente extendidos a los inversores y que garanticen que los Estados no modificarán sus leyes y reglamentos, los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios (...)*” (párr. 362). Esto está en línea con lo que también vienen señalando los Tribunales españoles en materia de violación del derecho a un trato justo y equitativo; que no se puede pretender la congelación de la regulación aplicable a una realidad determinada. Sin embargo, lo interesante del *caso Eiser* es que determina que de la falta de observancia del derecho a un trato justo y equitativo y sus derechos derivados por parte del Estado de que se trate (aquí España), procede la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Determina el Tribunal en *Eiser* que, si bien el trato justo y equitativo no protege a los inversores de forma absoluta y no podemos entender que cualquier cambio regulatorio pueda tratarse como frustración de las expectativas legítimas, “*sí protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio (...) que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior*” (párr. 363). El Tribunal entiende, y manifiesta de manera muy explícita, que la parte demandada “*cruzó la línea*” (párr. 458) al reemplazar el régimen retributivo que establecía el Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, por el RDL 9/2013, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Esta apreciación se basa en que, según se refleja en el laudo, el nuevo sistema retributivo era sustancialmente diferente al inicial y tenía “*el objeto de reducir de manera significativa los subsidios otorgados a las plantas existentes*” (párr. 150). Sin embargo, parece insuficiente la explicación que da el tribunal sobre qué hemos de entender como reforma fundamental del régimen retributivo.

Uno de los argumentos principales que esgrime el Tribunal del caso *Eiser* para calificar de irrazonables los cambios que estableció la legislación española es que los costes iniciales en que incurrió la compañía inversora para el establecimiento de sus instalaciones disminuían considerablemente las posibilidades de que la sociedad pudiera beneficiarse del nuevo régimen aplicable a las “*plantas eficientes*” (párr. 147). El nuevo método que establecía el RDL 9/2013 aseguraba una rentabilidad razonable calculada sobre los parámetros de una “*planta eficiente*”; calificación a la que *Eiser* no podía aspirar por el hecho de haber generado esos gastos preliminares. Así, se implementó de forma retroactiva un nuevo procedimiento de cálculo, que perjudicaba de forma discriminatoria a ciertas plantas de producción energética anteriores a la reforma. En definitiva, “*no se tuvieron en cuenta las características financieras y operativas específicas de las plantas existentes*” (párr. 400). Además, según el Tribunal, “*el Demandado no ofreció una explicación clara del razonamiento que lo llevó a cambiar de opinión (...)*” (párr. 394) en cuanto a sus exigencias regulatorias.

España, en su defensa, alegó la *excepción intra-EU*. Al ser *Eiser* una compañía británica, la parte demandada sostuvo que no se podía sustanciar un procedimiento arbitral internacional, pues las disputas entre nacionales europeos están sujetas a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sin que quepa opción a someterse al método arbitral. El caso *Eiser v España* tuvo lugar después de que se dictara la importante sentencia del asunto *Achmea (C-284/16)*, en que el TJUE se pronunciaba en este sentido. Sin embargo, ni el Tribunal del caso *Eiser* ni la mayoría de los Tribunales arbitrales ante los cuales se ha alegado esta excepción, han declinado su propia competencia en favor del TJUE.

Finalmente, por la violación del estándar internacional de trato justo y equitativo (artículo 10.1 TCE), que pretende el respeto a la garantía de estabilidad regulatoria en el sistema energético, el Tribunal arbitral ordena el pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios de 128 millones de euros; medida compensatoria razonable según el Tribunal, por ser esta la cantidad total invertida por la parte actora. Hemos de resaltar también que, a pesar de la gran atención mediática que reciben las cuantiosas sanciones impuestas al Estado español por el incumplimiento de sus obligaciones respecto de sus inversores extranjeros en el sector energético, pocas noticias se han publicado acerca del logro que supone la consecución de posteriores rebajas dictadas en corrección de los montos decretados en un primer momento.

En el *caso Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l v España*, gran parte de la disputa gira en torno a la definición del periodo de mantenimiento de las condiciones financieras y regulatorias en que *Antin* realiza la inversión. Se parte de la base de que el artículo 10.1 TCE no es una sugerencia o recomendación para la actuación del Estado, sino una obligación (párr. 525). Dicho esto, la parte actora mantuvo que este periodo debía ser la vida útil de las instalaciones objeto de inversión, mientras que el Estado se mantuvo firme en la defensa de que la confianza legítima no supone una congelación del poder regulatorio ni una garantía de estabilidad absoluta. El Tribunal da la razón a España en lo referente a este punto de defensa; efectivamente, la confianza legítima no se ve infringida fácilmente por un cambio regulatorio. Sin embargo, se acuerda la compensación por daños porque no es suficiente el otorgamiento de un estándar internacional mínimo de trato, sino que del trato justo y equitativo deriva la obligación efectiva por parte del Estado de mantener “*estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en que se apoyaron los inversores al decidir realizar inversiones a largo plazo*” (párr. 532). En definitiva, se trata de evitar los “*cambios radicales*” (ibíd.) que desvirtúen el fundamento del régimen inicial.

El Tribunal realiza una importante labor interpretativa y pedagógica de los límites del concepto de expectativas legítimas. En primer lugar, subraya que “*las expectativas del inversor no pueden ser analizadas en abstracto ni estar basadas en las creencias subjetivas de este*” (párr. 536), sino que deben entenderse en contexto con el tratado en que se encuentren. Asimismo, es importante identificar el momento exacto en que se entiende realizada la inversión en cuestión, pues la confianza que se tendrá en cuenta es aquella de la que goza el inversor en esa circunstancia. Se toma como punto de referencia el momento inmediatamente anterior a la materialización de la inversión (párr. 445).

Es polémica la interpretación que realiza el Tribunal en cuanto a qué hemos de entender por la “*acción afirmativa por parte del Estado*” (párr. 538) a la hora de creación de las expectativas legítimas del inversor. Aun estando de acuerdo en que la acción afirmativa es *conditio sine qua non* para generar confianza, el Tribunal pone como ejemplo de acción afirmativa “*ciertas características de la regulación encaminada a favorecer la inversión en un sector determinado*” (ibíd.). La simple regulación de un mercado como el energético no debería ser calificada de acción afirmativa o signo externo suficiente.

En esta misma línea, se toma como muestra de las intenciones de protección de la estabilidad regulatoria para con los inversores del sector eléctrico por parte de la Administración el Informe 003/2007 de la Comisión Nacional de Energía (CNE), relativo a la propuesta del Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y de determinadas instalaciones de tecnologías asimilables del régimen ordinario. En el punto 5.3 b) de este documento se incluye el objetivo de “*Minimizar la incertidumbre regulatoria. (...) La regulación ha de ofrecer garantías suficientes para conseguir que los incentivos económicos sean estables y predecibles durante toda la vida de la instalación (...)*”

Como ya vimos en el *caso Eiser* y de nuevo se vuelve a recalcar por el Tribunal arbitral en el *caso Antin*, el *quid* de la cuestión no es averiguar en qué cantidad se traduce la rentabilidad razonable que se promete tras reformas *in peius* del régimen retributivo, sino dilucidar el método de determinación del montante, para así, en su caso, poder calificar a las nuevas reglas de discriminatorias o ilícitas. En *Antin*, el “Tribunal concluye que “*la metodología usada para determinar la rentabilidad razonable bajo el nuevo régimen regulatorio no está basada en criterios claramente definidos, sino en la discreción gubernamental*” (párr. 568). Esto es claramente inaceptable.

Analizaremos a continuación los fundamentos jurídicos del Tribunal arbitral que emitió laudo en mayo de 2018 en resolución de la disputa comercial entre *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.* y el Reino de España.

Según las alegaciones que efectuó la empresa holandesa *Masdar*, tras llevar a cabo un arduo proceso de *due diligence*, decidieron realizar una inversión consistente en la construcción de tres plantas de energía solar en España, también bajo el paraguas del RD 661/2007, que presuntamente les ofrecía estabilidad regulatoria y otras condiciones favorables para su actividad. Específicamente, *Masdar* resaltó que España se encontraba por aquél entonces implementando una nueva estrategia de atracción de capital extranjero para la inversión en el sector de las renovables y que, tras convertirse en líder mundial en cuanto a esto se refiere, “*violó las expectativas legítimas de [sus] inversores*” (párr. 350).

En cuanto a la posición del Reino de España, esta parte defendió que las medidas adoptadas no lo fueron de forma perjudicialmente retroactiva y que tampoco se persiguió el objetivo de

recuperar los beneficios que le habían sido otorgados a la demandante (párr. 472). Además, según su postura, no se puede pretender la congelación del sistema, pues el poder del regulador se ve reflejado también en la capacidad de modificar el régimen retributivo, que en ningún momento suprimió la remuneración razonable (párr. 536). En definitiva, el Estado negó haber violado el estándar de trato justo y equitativo y las expectativas de *Masdar*.

Sin embargo, el Tribunal arbitral condena al Reino de España al pago de una indemnización de 128 millones de euros, intereses aparte. En primer lugar, recuerda que no se pueden llevar a cabo modificaciones injustificadas y, para más *inri*, no pueden darse modificaciones sustanciales en contravención de compromisos explícitos realizados por el Estado para con sus inversores extranjeros. Como en *Antin*, el Tribunal arbitral defiende que la legislación aprobada constituye compromiso explícito suficiente para generar confianza en los inversores que a ella se acogen¹⁵. Sin embargo, recalca que la empresa de que se trate ha de realizar un trabajo de *due diligence* importante, pues el sujeto pasivo tampoco puede quedar desprovisto de toda responsabilidad respecto de la buenaventura de su inversión. Así, el Tribunal determina que, efectivamente y tal y como la parte actora había defendido inicialmente, *Masdar* había actuado diligentemente al realizar una labor sustancial de investigación de riesgos y, como consecuencia de los resultados favorables de este trabajo, creyó de forma fundada en la solida actuación de la Administración, merecedora de su confianza.

El laudo emitido en resolución del *caso Greentech v Reino de España* supone la protección a la posible obtención de beneficios futuros por las plantas danesas. Esto es, cuanto menos, sorprendente. Asimismo, como otra muestra de la laxitud de los umbrales establecidos por el Tribunal, se equipara un proceso de *due diligence* propiamente dicho, que *Greentech* nunca llevó a cabo para evaluar a la seguridad y las condiciones de permanencia específicas de la regulación energética en España, con un informe favorable de un despacho de abogados. Se da por bueno dicho documento como capaz de generar una confianza legítima del inversor en el sistema financiero de nuestro país.

¹⁵ Además de la regulación genérica aplicable a todo tipo de plantas que se acogían a los supuestos previstos por el RD 661/2007, *Masdar* recibió otros compromisos específicos por parte de la Administración durante el proceso de preinscripción de las tres plantas y una promesa por parte del Ministerio de Industria, en forma de Resolución, de entrega de compensación durante “*la vida útil de las instalaciones*” (párr. 516-519 del laudo).

Sin embargo, en cuanto a los cambios regulatorios por la derogación del RD 661/2007 y su sustitución por el RD 1565/2010 y el RDL 14/2010, el Tribunal del caso *Greentech* determina que no se violaron las expectativas legítimas de los inversores, por no ser los cambios en cuestión cambios sustanciales. Sí que se condena al Estado español por la introducción del RDL 9/2013, la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la OM 1045/2014, por suponer cambios regulatorios fundamentales que, consecuentemente, constituyen una violación del artículo 10.1 del TCE.

Los demandantes alegaron que fueron víctimas de medidas expropiatorias indirectas, por la “*progresiva erosión de sus derechos bajo el RD 661/2007*” (párr. 414) y demás piezas regulatorias que componían el nuevo régimen y que pretendían desproveer de valor a sus inversiones en España. Con todo, el Tribunal arbitral está de acuerdo con la parte actora en que su inversión puede ser calificada como tal según el artículo 1.6 TCE, pero descarta que las medidas adoptadas por el Estado español sean constitutivas de nacionalización o expropiación por la supuesta destrucción del 83% del valor del capital. Hemos de subrayar la siguiente apreciación del Tribunal arbitral en el caso *Greentech*: “(...) *la parte actora ha sufrido graves pérdidas económicas como resultado de las medidas objeto de litigio, pero esto no es suficiente para ser calificado como expropiación*” (párr. 430)¹⁶.

Hasta ahora, se han presentado destacados laudos que, en su totalidad, decretan el pago de indemnización por parte del Estado a las empresas del sector energético que realizaron diversas inversiones en territorio español por, entre otros argumentos, la violación de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo. A continuación, expondremos los fundamentos jurídicos que sirvieron de apoyo a los Tribunales arbitrales de los casos *Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España y Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, y otros v. Reino de España* para rechazar las peticiones de las demandantes.

Interesa especialmente, en relación con el caso *Charanne v España*, detenerse en la exposición de motivos que realiza el Tribunal para mantener que no se dio la expropiación que alegó haber sufrido la demandante. *Charanne* se apoya en que “*el brutal impacto económico causado a la rentabilidad de la actividad desarrollada [constituía] una expropiación de una parte sustancial del valor y de los rendimientos de la inversión*” (párr. 456 del laudo). En

¹⁶ A continuación, en el estudio del caso *Charanne*, expondremos los requisitos de la expropiación.

primer lugar, para poder entender qué constituye expropiación de la inversión, hay que empezar por detallar lo que se considera inversión protegible, recogido esto, tal y como subraya el Tribunal, en el artículo 1.6 del TCE¹⁷. Efectivamente, la actividad desarrollada por las empresas demandantes tenía la consideración de inversión según el artículo anteriormente citado.

Sin embargo, reconociendo efectivamente el carácter de inversión de las aportaciones realizadas por las sociedades actoras, el Tribunal determina que lo sucedido por el cambio regulatorio que implementó el Estado no tenía el carácter de expropiación o nacionalización; tampoco de medida de efecto equivalente. En primer lugar, declara el Tribunal que el objeto de expropiación es aquello que se posee efectivamente, sin poder pretender las demandantes que sus rendimientos futuros, y por futuros, aún no percibidos, sean considerados como objeto de apropiación ilícita por parte de un tercero. En definitiva, entendemos que nadie puede despojar a otro de algo que no está en poder de este último. Además, *“el concepto de expropiación es generalmente admitido como una toma de posesión que implique una privación de propiedad”* (párr. 460 del laudo). En el presente caso, queda acreditado que las demandantes no fueron privadas de la titularidad de sus derechos patrimoniales y tampoco hubo una *“pérdida de valor que pueda ser equivalente por su magnitud a una privación de la inversión”* (párr. 461 del laudo). Así, el Tribunal determina que los efectos de una medida equivalente *“tienen que ser de tal magnitud que se pueda considerar que el inversor haya sido privado, total o parcialmente de su inversión. Una simple disminución del valor de las acciones (...) no puede (...) caracterizar una expropiación”* (párr. 465 del laudo).

En cuanto a las expectativas legítimas de los inversores, estos afirmaron que fueron violadas por el Estado español, al introducir un marco regulatorio que creó *“un contexto de inestabilidad contraria al artículo 10.1 TCE”* (párr. 480). En definitiva, las mercantiles alegaron haber sido víctimas de reformas inesperadas que introdujeron importantes

¹⁷ Artículo 1.6 del TCE: “<<Inversión>>, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor y que abarque: a) Bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas; b) Una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil; c) Créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y están relacionadas con una inversión; d) Propiedad intelectual; e) Rendimientos f) Cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.”

alteraciones en la normativa que les era aplicable, perjudicando así sus intereses, habiendo ellas siempre cumplido con los requisitos y las exigencias que les eran impuestos.

Es contrario a la buena fe, a nuestro parecer, pretender que legislación favorable en un momento determinado sea tildada de compromiso específico por parte de la Administración. Las reglas mencionadas en todos estos procedimientos, como toda norma, se asemejan más a contratos sinalagmáticos que a promesas unilaterales, extremo este último al que se acercan- y se arriesgan- aquellos Magistrados y miembros de tribunales arbitrales que caracterizan a las sociedades recurrentes como meros sujetos pasivos marionetas de la Administración en lo que a ellas perjudica, pero como titulares de derechos cuasi absolutos al reclamar situaciones beneficiosas para sus intereses. Como venimos defendiendo, no pueden quedar despojadas las empresas de todo tipo de responsabilidad y pretender la equiparación de la legislación aplicable en mercados regulados, como el energético, a cláusulas de estabilización. No era Charanne, ni tampoco las demás empresas que promueven acciones de responsabilidad contra Estados receptores, persona jurídica en posición de desventaja tal respecto del Estado español que le impidiera conocer algo que resulta bastante obvio; que toda inversión supone un riesgo y que la legislación no es instrumento estabilizador de los contratos. La legislación favorable a la inversión no debería ser equiparable a una acción explícita de reconocimiento y promesa por parte del Estado a mantener las condiciones económico-financieras plasmadas en piezas determinadas.

De esta forma, no podemos sino oponernos frontalmente a la apreciación que realiza el Prof. Tawil, miembro del Tribunal arbitral del caso *Charanne*, en el párrafo 12 de su opinión disidente¹⁸. Parece atrevido tildar de “*acreedor a un beneficio específico y determinado*” a una serie de sociedades que efectuó una inversión con el único incentivo de la regulación genérica del sector, sin promesa explícita añadida y específica que pudiera llevar al Tribunal a entender que los actores sufrieron alteraciones contrarias a la estabilidad regulatoria efectivamente

¹⁸ “Cuando un inversor cumple con todos los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser **acreedor a un beneficio específico y determinado**, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión viola una expectativa legítima. El Reino de España se encontraba facultado para modificar o eliminar el régimen de promoción instaurado, no existiendo el riesgo de congelamiento, petrificación o inmutabilidad del marco regulatorio. No obstante ello, si al modificar el beneficio otorgado a quienes ya habían invertido en función de ese régimen especial (...) provocaba un perjuicio sin establecer una compensación adecuada estaría violando las expectativas legítimas creadas y, con ello, el trato justo y equitativo protegido en el artículo 10 del TCE.”

ofrecida y en que legítimamente confiaron los inversores. Además, no se puede afirmar que no se desprovee al Estado de la potestad de modificación del régimen de promoción instaurado, si hacer uso de esta potestad permite a los inversores promover acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por quebranto del principio de expectativas legítimas.

En el *caso Stadtwerke München y otros v Reino de España*, el Tribunal hizo su análisis a partir del contenido que las partes acordaron que tenía el principio de trato justo y equitativo. El contenido según las partes era el siguiente (párr. 256- 323): Creación y mantenimiento de un régimen regulatorio estable para la inversión, respeto a las expectativas legítimas de los demandantes, actuación transparente y promulgación de medidas razonables y proporcionadas.

El Tribunal absuelve al Reino de España de los cargos que le imputan las demandantes; a saber, no haber ofrecido un trato justo y equitativo a las empresas alemanas en cuestión. Entre la argumentación que fundamenta su decisión, el Tribunal dictamina que el Estado no actuó de mala fe; es decir, no implementó un régimen retributivo determinado a sabiendas de que atraería a inversores del sector energético renovable y luego derogaría la normativa aplicable para ahorrarse el coste elevado que suponía mantener ese sistema de subvenciones. Sin embargo, la reforma del sistema fue obligada por la situación de crisis económico-financiera sobrevenida. Además, en cuanto a la creación de expectativas legítimas, el Tribunal recuerda que estas han de estar fundadas en la normativa y que el marco regulatorio anterior a la reforma en ningún momento les garantizó remuneración estable, pudiendo esto haber sido apreciable por cualquier “*inversor prudente*” (párr. 308). Las medidas adoptadas por el Estado, según quedó acreditado y tal y como expresa el Tribunal en el laudo, fueron resultado de un procedimiento transparente y constituyen medidas razonables y proporcionadas; por lo que no se puede afirmar que España infringiera lo dispuesto en el artículo 10.1 TCE.

6. Conclusión

Los principales hallazgos de este trabajo han servido para aclarar algunas de las cuestiones que motivaron la realización de este estudio. Así, a través del artículo 1.6 TCE y la exposición de la argumentación del Tribunal del *caso Charanne*, se detalló lo que parte mayoritaria de la doctrina entiende como inversión. Además, en cuanto a la acreditación del origen efectivo de la confianza legítima, establecimos la imposibilidad de catalogar las creencias subjetivas basadas en actos generales de la Administración como catalizadoras de expectativas de los inversores merecedoras de protección internacional.

Recordamos que también entendimos que procedía este trabajo por la diversidad de opinión en el sector legal respecto del contenido del principio de trato justo y equitativo. Así, era objetivo específico de este estudio clarificar los derechos parte y derivados de esta máxima, para demostrar que no es más que el contenido puesto al servicio de los inversores extranjeros para proteger sus intereses patrimoniales frente a prácticas legislativas o regulatorias que no se ajustan a las exigencias de lo prometido por la Administración. De esta forma, el análisis de las implicaciones de la obligación de vigilancia y protección y el debido proceso, en estrecha relación con la denegación de la justicia y la interdicción de la arbitrariedad (Prieto, 2013, pág. 50); como contenido esencial del principio de trato justo y equitativo, contribuyó a este propósito expuesto en la introducción de esta investigación.

Otra de las preguntas planteadas al inicio tenía que ver con los límites de los principios de expectativas legítimas y trato justo y equitativo. El estudio de los laudos arbitrales y las sentencias, sobre todo del Tribunal Supremo, demostró que no existe respuesta unánime. Además, como ha quedado acreditado, son los límites- especialmente su traspaso y el carácter más o menos estricto de los mismos- el elemento más recurrente en las controversias Estado-inversor y probablemente también el más polémico. Sin embargo, sí se alcanzaron, en el apartado quinto, algunas conclusiones acerca de lo que entienden los tribunales que son los límites de los principios observados.

Se demostró también a través del examen comparativo de diferentes resoluciones arbitrales y judiciales que, a priori, no se puede afirmar que se sitúe la rentabilidad y demás posibles consecuencias positivas derivadas de la inversión por encima de la potestad legislativa o regulatoria, y tampoco viceversa. Únicamente se podrá determinar este extremo atendiendo

a las obligaciones contraídas por el Estado español hacia los inversores extranjeros del sector energético español, si es que efectivamente se demuestra que han sido contraídas.

Finalmente, la duda que sobrevuela todo este trabajo de investigación, tal y como se planteó en la introducción, es si se puede afirmar que los inversores están abusando de la alegación de sus derechos a un trato justo y equitativo, pretendiendo de forma encubierta una configuración del sistema y de la regulación a su gusto y conveniencia. Pues bien, este estudio también ha servido para defender la tesis que, aun mereciendo los inversores un panorama de seguridad jurídica y de marco regulatorio estable que favorezca sus actividades en el sector energético, debiendo la Administración garantizar esta situación, las empresas demandantes han pretendido en numerosas ocasiones quedar desprovistas de responsabilidad respecto de su devenir; pudiendo calificarse ciertas aspiraciones planteadas en sus reclamaciones como un abuso de los derechos que les asisten. Se ha defendido a lo largo de este trabajo que esto es algo que debería tenerse más en cuenta en el marco de la disputa arbitral.

7. Bibliografía

7.1 Legislación

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, 1994)
- APPRI España/Argentina (1991)
- APPRI España/Bahréin (2008)
- APPRI España/Guinea Ecuatorial (2003)
- APPRI España/Kuwait (2005)
- APPRI España/Libia (2007)
- APPRI España/México (2006)
- APPRI España/Panamá (1998)
- Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (1947)
- Constitución Española (1978)
- Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE
- Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE
- Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE
- Informe 003/2007 de la Comisión Nacional de Energía (CNE) relativo a la propuesta de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y de determinadas instalaciones de tecnologías asimilables del régimen ordinario
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa
- Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2011-2020 (PANER)

- Real Decreto 17/2019, 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.
- Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2009
- Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)

7.2 Jurisprudencia

- Caso Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l v España, Caso ICSID N° ARB 13/31 (Laudo)
- Caso Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España, Arbitraje N° 062/2012 (Laudo)
- Caso Eiser Infrastructure Limited v España, Caso CIADI N° ARB/13/36 (Laudo)
- Caso Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L., Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A., GWM Renewable Energy II S.P.A v Reino de España, SCC Arbitration V (2015/150) (Laudo)
- Caso Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. y el Reino de España, Caso ICSID N° ARB/14/1 (Laudo)
- Caso Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, y otros v. Reino de España, ICSID Case N° ARB 15/1 (Laudo)
- Olin Holdings Ltd v. Libya, ICC Caso N° 20355/MCP
- Sentencia del Bundesverfassungsgericht (BverfG- Tribunal Constitucional alemán) de 19 de diciembre de 1961
- Sentencia del OVG Berlín (Tribunal Superior Administrativo) de 14 de noviembre de 1956
- Sentencia del Supremo de 1 de febrero de 1990
- Sentencia del Supremo de 27 de enero de 1990
- Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2000, de 13 de abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1988, de 24 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre

- Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 1993- Lageder y otros v Amministrazione delle finance dello Stato
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1974- Asunto 8/74
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1982- Hauptzollamt Krefeld v Maizena GmbH (1982)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1966- Compagnie des forges de Châtillon, Commentry & Neuves-Maisons v High Authority of the ESCS
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1990- Sofrimport SARL v Comisión de las Comunidades Europeas
- Sentencia del Tribunal Supremo 1256/2017, de 30 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo 2727/2018, de 12 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2017, de 14 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1996, Nº de Recurso 892/1993

7.3 Obras doctrinales

- Álvarez Barbeito, P., & Arias Plaza, R. (2018). *El principio de confianza legítima y los actos concluyentes de la Administración*. Gómez-Acebo & Pombo.
- Álvarez Pelegry, E., Aranzadi, C., Díaz Mendoza, A. C., Egea, J. M., Larrea Basterra, M., López Atxurra, E., ... Soriano, J. E. (2014, July). Orkestra, Instituto Vasco de Competitividad- Fundación Deusto: Cátedra de Energía. Enlace: https://www.orkestra.deusto.es/images/investigacion/publicaciones/informes/cuadernos-orkestra/2014_8.pdf
- Ampuero Miranda, A. A. (2008). Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato y Expropiación en los Acuerdos Internacionales de Inversión. In *XXXIV Curso de Derecho Internacional*.
- Bandrés de Lucas, J. (2016). Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS. *Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*. doi: 10.3232/GCG.2016.V10.N2.06
- Castillo Blanco, F. (1998). *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*.

- Díez-Hochleitner, J. (2005). *El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los Appris*. Uría Menéndez: Revista "Actualidad Jurídica Uría y Menéndez".
- Fair and Equitable Treatment. (1999). United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Series on Issues in International Investment Agreements. Doi: ISBN 92-1-112454-9
- Fair and Equitable Treatment. (2012). *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Series on Issues in International Investment Agreements II*. doi: ISBN 978-92-1-112827-7
- Frankfurt School-UNEP Centre/BNEF. (2019). *Global Trends in Renewable Energy Investment 2019*. Frankfurt am Main.
- Garcés Sanagustín, Á. (2014). La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables. *Revista Aragonesa De Administración Pública*.
- International Investments Instruments: A Compendium. *Draft Convention of Investments Abroad (ABS-Shawcross Draft Convention)*
- León Cavero, R., (2011). *Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española. ELDERECHO-LEFEBVRE*
- Martín Riaño, Fernando, “La recepción del principio de confianza legítima en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, La Ley, 1989-II.
- Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. (2011). *Resumen del Plan de Energías Renovables 2011-2020*.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*(IV, Vol. Tomo XIV: La Actividad Regulatoria de la Administración). Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing.
- Pascual Vives, F. J. (2009). *Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de Appri españoles*. Revista Española de Derecho Internacional (REDI).
- Prieto, G. (2013). *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

- Quesada Lumbreras, J. (2010) “*Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: Balance y perspectivas*”, Revista española de Derecho Administrativo
- Red Eléctrica de España. (2018). *Comprometidos con la Energía Inteligente: Las energías renovables en el sistema eléctrico español*.
- Red Eléctrica de España. (2019). *Nota de prensa: Previsiones de cierre de año de Red Eléctrica*.
- Requena Casanova, M. (2019). *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?* Revista Aranzadi de Derecho Ambiental num. 42/2019 parte Doctrina.
- Rohwer-Kahlmann, H. (1962). *Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, 91–122.
- UNCTAD (1999). *Fair and Equitable Treatment*
- Unda, J. I. (2002). *El déficit tarifario: Análisis de la problemática que suscita el déficit tarifario*. Comisión Nacional de Energía.

7.4 Recursos de internet

- Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS): Contenidos y objetivos. (N/A) Enlace: <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>
- El Consejo de Ministros aprueba un Real Decreto-ley para dar certidumbre al marco retributivo de las energías renovables e impulsar una transición energética justa. (2019) Enlace: https://www.miteco.gob.es/es/prensa/191122notaprensardlcminmarcoretributivorenovable_tcm30-504398.pdf
- El Sector Energético en España. (n.d.). Enlace: <https://espana.edp.com/es/sector-energetico>

- ICEX- Invest In Spain. *Glosario de términos: APPRI*. (2013). Link: <http://www.investinspain.org/invest/es/sala-de-prensa/glosario-de-terminos/index.html>
- Organización Mundial del Comercio. “*Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*”. Enlace: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds27_s.htm
- Patrizia, C., Profaizer, J., Timofeyev, I., & Cooper, S. (n.d.). Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty. Retrieved from <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142579/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty>
- Producción descentralizada de energía para un mundo más democrático y verde. (2018, April 26). Enlace: <https://www.technologyreview.es/s/10198/produccion-descentralizada-de-energia-para-un-mundo-mas-democratico-y-verde>
- Sinopsis artículo 24. (n.d.). Retrieved from <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>