

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS**

**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del Derecho internacional transnacional**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**Autor: José Damián Iranzo Cerezo**

**Director: Ramón Casero Barrón**

Madrid - Septiembre 2022



A mi familia



## **AGRADECIMIENTOS**

La elaboración del presente trabajo ha resultado posible gracias a D. Ramón Casero Barrón, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas y también Abogado. En su condición de Director de tesis, el Profesor Casero Barrón ha puesto amablemente a mi disposición durante todos estos años su tiempo, ha formulado propuestas de desarrollo y sugerido numerosa bibliografía. Si como Profesor muestra una envidiable amplitud de conocimientos en multitud de campos, como Abogado es el mejor ejemplo de la habilidad para encontrar el resquicio con el que una doctrina legal consolidada pueda cambiar en un momento determinado.

Por otra parte, es de justicia aludir al auxilio diligente prestado por parte de los servicios de biblioteca tanto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como de la Escuela Judicial y sin el cual la tarea bibliográfica no hubiera sido factible.



*«Nada es permanente a excepción del cambio».*

HERÁCLITO DE EFESO, siglo V a.C.

*«Conviene que las leyes sean muy poquísimas y muy razonables [...] así como con las enfermedades no deben ensayarse nuevos remedios si con los viejos se puede corregir el mal, así tampoco han de darse nuevas leyes si las antiguas suministran algún recurso con que puedas curar los males de la república».*

ERASMO DE RÓTERDAM, *«Educación del Príncipe Cristiano»*, 1516



# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	15
RESUMEN / ABSTRACT.....	19
INTRODUCCIÓN.....	23
CAPÍTULO I. EL RIESGO REGULATORIO. CONCEPTO Y NATURALEZA	
1. Fugacidad normativa.....	31
2. Una aproximación general al concepto de riesgo regulatorio.....	33
3. La perspectiva económica del riesgo regulatorio.....	34
4. El enfoque jurídico y los distintos conceptos e instituciones concernidos.....	36
5. Manifestaciones prácticas del riesgo regulatorio.....	40
6. La respuesta de la Sala Tercera al riesgo regulatorio.	
6.1 Origen de la expresión.....	46
6.2 Reafirmación de la doctrina y proyección en el mercado de producción de energía eléctrica.....	47
6.3 Modificaciones en los incentivos a las energías renovables operadas en el año 2010.....	49
6.4 Modificaciones en los incentivos a las renovables operadas a partir del año 2013.....	51
6.5 Modificación materializada a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.....	54
6.6 Riesgo regulatorio en el sector de las telecomunicaciones.....	61
7. La doctrina del Tribunal Constitucional en torno al riesgo regulatorio.....	63
8. Valoración del sentido del riesgo regulatorio en nuestra doctrina legal y constitucional.....	68
CAPÍTULO II. ÁMBITO DEL RIESGO REGULATORIO	
1. Consideraciones generales.....	75
2. Derecho regulatorio y regulación.....	75
3. Proceso liberalizador: del Estado prestador de servicios al Estado regulador.....	77
4. Sectores regulados. Intervención y supervisión.....	78
5. Servicios de Interés Económico General y sectores regulados.....	80
6. Normas sobre competencia y sectores regulados.....	82

### CAPÍTULO III. PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN. CALIDAD NORMATIVA

1. Cuestiones sobre soberanía reguladora o « <i>derecho a regular</i> ».....	87
2. Acuerdos comerciales suscritos por la Unión europea: sus implicaciones.....	88
3. Positivación del « <i>derecho a regular</i> ».....	90
4. Ausencia de un criterio unívoco en la práctica arbitral sobre el « <i>derecho a regular</i> ».....	91
5. Técnica normativa.....	93
6. La evolución de la preocupación por la calidad normativa en el Derecho español.....	94
7. Buena regulación y mejor legislación en la Unión Europea.....	99
8. Los principios de buena regulación en la LPACAP.....	100
9. Planificación y evaluación. Controles “ <i>ex ante</i> ” y “ <i>ex post</i> ” de la actividad normativa.....	102
9.1 Control “ <i>ex ante</i> ”. Informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa y Plan Anual Normativo.....	102
9.2 Control “ <i>ex post</i> ”. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.....	104
10. La fiscalización jurisdiccional de los mecanismos de control de la buena regulación.....	105

### CAPÍTULO IV. LÍMITES AL RIESGO REGULATORIO EN EL DERECHO INTERNO

1. Consideración previa.....	111
2. El principio de seguridad jurídica.	
2.1 Principio informador o valor superior del ordenamiento.....	112
2.2 Vertientes y dimensiones de la seguridad jurídica.....	113
2.3 Breves consideraciones en relación con el Derecho comparado.....	116
2.4 Seguridad jurídica y doctrina del riesgo regulatorio.....	116
2.5 Potestad normativa innovativa y seguridad jurídica en el Tribunal Constitucional.....	118
2.6 Innovación normativa y seguridad jurídica para el Tribunal Supremo.....	119
2.7 Seguridad jurídica y su necesaria contextualización en otros principios constitucionales.....	120
3. La legítima confianza como corolario del principio de seguridad jurídica. La legítima confianza como límite al riesgo regulatorio o el riesgo regulatorio como límite de ésta.	
3.1 Breve apunte sobre su origen.....	121
3.2 La confianza legítima en el ordenamiento jurídico español.....	121
3.3 Estructura del principio y requisitos para su operatividad.....	123

3.4 La interacción de la de confianza legítima con otros principios.....	127
3.5 Ausencia de una doctrina autónoma sobre la confianza legítima. Algunas propuestas.....	129
3.6 Consecuencias de la vulneración del principio de confianza legítima.....	131
3.7 Recorrido por la irregular recepción en nuestra doctrina constitucional y legal de la confianza legítima.....	132
3.8 Consecuencias de la interacción entre el principio de confianza legítima y la doctrina del riesgo regulatorio.....	134
4. La irretroactividad incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución. Los derechos adquiridos.	
4.1 Alcance de la garantía de de irretroactividad en la Constitución.....	136
4.2 La retroactividad en sus distintos grados o intensidades.....	137
4.3 Propuesta en torno a la forma en que concebir la retroactividad.....	139
4.4 Derechos adquiridos, derechos individuales y expectativas.....	140
4.5 Aplicación práctica de la teoría de las situaciones jurídicas al riesgo regulatorio.....	145
4.6 Atemperación de las consecuencias del cambio normativo: el Derecho transitorio.....	148
5. La justificación de la norma. Motivación exigible. Estado de necesidad.	
5.1 Justificación de la iniciativa normativa.....	149
5.2 Estado de necesidad.....	151
5.3 Protección del derecho de la propiedad desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	153
6. Proyección de la cláusula « <i>rebus sic stantibus</i> » al ámbito de los cambios normativos.....	154

## CAPÍTULO V. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO

1. Consideración previa.....	163
2. La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia comunitaria.....	164
3. Carácter autónomo del principio de confianza legítima en la esfera comunitaria.....	165
4. Contenido y ámbito de la confianza legítima.....	166
5. Estructura y requisitos del principio de confianza legítima en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	
5.1 Expectativa: su concepto y la forma en la que se genera.....	170
5.2 El carácter legítimo de la expectativa.....	172
5.3 La concurrencia de un interés público superior.....	176
6. Conclusiones.....	176

## CAPÍTULO VI. LA INVIABLE PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL TRANSNACIONAL

1. Cuestión previa.....	181
2. Aspectos sustantivos y procedimentales.	
2.1 Derecho aplicable para la resolución de la controversia.....	182
2.2 Externalización o privatización de la jurisdicción a través del sistema arbitral.....	185
2.3 La nacionalidad del inversor como presupuesto del arbitraje.....	188
3. La asimetría que el arbitraje de inversiones representa: origen, finalidad y legitimidad.....	190
4. Singularidades de las inversiones en determinados ámbitos: las energías renovables.....	192
5. Incentivos y recortes a las renovables en España. Fiscalización por el arbitraje de inversión.....	193
6. El régimen de recursos en el sistema arbitral.....	197
7. Estímulo al desistimiento en las demandas arbitrales contra España.....	198
8. La persecución global en búsqueda de la ejecución de los laudos.....	199
9. El régimen de ayudas del Estado. La posible vía de evasión.....	203
10. Las legítimas expectativas de los inversores y el principio de trato justo y equitativo.	
10.1 Configuración histórica del principio de trato justo y equitativo.....	209
10.2 Laudos y « <i>stare decisis</i> ».....	210
10.3 El concepto de legítima expectativa en el arbitraje de inversión.....	211
10.4 Mecanismos generadores de las legítimas expectativas.	
10.4.1 Compromisos contractuales.....	214
10.4.2 Declaraciones o promesas de carácter oficioso.....	215
10.4.3 Perspectiva del mantenimiento de un marco normativo estable.....	217
11. La proyección de las legítimas expectativas y del principio de trato justo y equitativo a los litigios contra España relativos a los recortes a las energías renovables.....	219
12. La relación entre el trato justo y equitativo y el de Nación mas favorecida.....	221
13. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador como mecanismo de corrección.	
13.1 La operatividad de la responsabilidad patrimonial en la sucesión de normas.....	226
13.2 La restrictiva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador establecida por el legislador de 2015. Su examen por el Tribunal de Justicia.....	229
13.3 La ausencia de un control de constitucionalidad a propósito de la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.....	234

14. El asunto <i>Micula</i> : un ilustrativo precedente del conflicto normativo que subyace en la ejecución de laudos contrarios al régimen de ayudas de Estado.	
14.1 Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del Este.....	237
14.2 La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje.....	238
14.3 La ejecución del laudo <i>Micula</i> . Una batalla con multitud de frentes.....	239
15. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía.....	246
16. El Tribunal General no despeja la incógnita.....	249
17. El Tribunal de Justicia anula la Sentencia del Tribunal General y le devuelve el asunto.....	251
18. Derecho de la Unión y Derecho internacional.	
18.1 Personalidad jurídica, competencias y facultades de la Unión Europea.....	255
18.2 La competencia en materia de inversión extranjera directa.....	257
19. Compatibilidad con el Derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los Tratados suscritos por la Unión.	
19.1 El carácter mixto de los Acuerdos de Libre Comercio suscritos por la Unión Europea al incluir la regulación de la solución de diferencias entre inversores y Estados.....	260
19.2 El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión como muro de contención a la creación de órganos arbitrales para la solución de controversias.....	262
19.3 Límites que impone el principio de autonomía de cara a que que los órganos instituidos para la solución de controversias puedan aplicar o interpretar el Derecho de la Unión.....	263
19.4 La proyección de los anteriores límites en la jurisprudencia comunitaria.....	264
19.5 Estado de situación de la cuestión.....	270
20. El asunto <i>Achmea</i> . El final de los TBI intra-UE.	
20.1 Contexto fáctico y pronunciamiento del TJUE.....	271
20.2 Consecuencias institucionales de la Sentencia <i>Achmea</i> .....	273
20.3 Resistencia a aplicar la Sentencia <i>Achmea</i> por parte de los órganos arbitrales.....	276
20.4 Implicaciones del asunto <i>Achmea</i> en la anulación y ejecución de laudos.	
20.4.1 Anulación de laudos.....	278
20.4.2 Ejecución de laudos.....	280
21. La proyección de la doctrina <i>Achmea</i> al TCE.	
21.1 Características y naturaleza jurídica del TCE.....	282
21.2 Cláusulas y conceptos básicos en el TCE .....	283
21.3 Modernización del TCE.....	284
21.4 Relación entre el Derecho de la Unión y el TCE.....	286

22. Ejecución de laudos y ayudas de estado.	
22.1 Del Convenio CIADI a la Convención de Nueva York.....	289
22.2 El verdadero alcance del artículo 54 del Convenio CIADI.....	291
22.3 La inmunidad de Estado.....	293
22.4 El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos.....	294
22.5 Imprudencia de que por parte de España se satisfagan los laudos condenatorios derivados de los cambios regulatorios en el ámbito de las energías renovables.....	299
22.6 Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH.....	301
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.....	305
BIBLIOGRAFÍA.....	317

## ABREVIATURAS

APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> , Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá
CIADI / ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones / International Centre for Settlement of Investment Disputes
CIMA	Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUDM	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
CNUDMI / UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IACCE	Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LAEMSP	Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos

LC	Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
LCCNMC	Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, del Contrato del Sector Público
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública
LOEAC	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPIEOI	Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSE	Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
LSE1997	Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico
LTAIPBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OCM	Organización Común de Mercados
OMC	Organización Mundial del Comercio
PNIEC	Plan Nacional Integrado de Energía y Clima
RA-CCIP	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París
RA-CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
RA-IACCE	Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

RMAIN	Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SIEG	Servicios de Interés Económico General
SIG	Servicios de Interés General
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos
STG	Sentencia Tribunal General de la Unión Europea
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia Tribunal Primera Instancia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TG	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN / NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPI	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
TTIP	Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law



## RESUMEN

El propósito del presente trabajo es analizar la construcción jurisprudencial que el «*riesgo regulatorio*» representa. Se constata en ese cometido que el mismo, en la forma en la que fue creado y ha sido desarrollado por la Sala Tercera, ni se compeadece con el análisis que el Tribunal de Justicia de la Unión efectúa a propósito del principio de confianza legítima ni resulta tampoco susceptible de ser extrapolado al ámbito del Derecho internacional transnacional. Con el trasfondo de las modificaciones de los incentivos a las energías renovables efectuadas en España hace algo más de una década, se pondrá de manifiesto tanto el diferente tratamiento al que los operadores se ven expuestos dependiendo de su nacionalidad como la disparidad de límites a los que el regulador se sujeta en función de la misma.

Se admite que el «*riesgo regulatorio*» implica una suerte de carga a soportar por los administrados en general o por los operadores económicos en particular al desenvolverse en sectores en los que ha existido un monopolio y aun hoy la competencia o el mercado resultan extraños. La cuestión que se suscita entonces es si razones de estricta oportunidad política o derivadas de escenarios legislativos o ejecutivos coyunturales han de implicar la asunción por parte de los administrados de consecuencias perniciosas en lo económico o incluso arbitrarias en lo jurídico.

La primera parte del trabajo discurre por el origen, concepto y naturaleza jurídica del «*riesgo regulatorio*», se examinarán sus manifestaciones prácticas más significativas y se abordan los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de mayor relevancia, prestando especial atención a los derivados de las citadas modificaciones en los incentivos a las energías renovables que tuvieron lugar en los años 2010 y 2013. Se completa el repaso jurisprudencial con la hasta ahora condescendiente doctrina constitucional al respecto.

El segundo Capítulo trata de concretar el ámbito en el que con mayor frecuencia el «*riesgo regulatorio*» entra en juego, el cual se identifica con el de los denominados sectores regulados y representando precisamente la regulación una de las modalidades de intervención administrativa. Se describen sus características principales, se define la intervención y supervisión administrativa característica en ese medio y se conecta la idea del «*riesgo regulatorio*» con la de «*disfunción para la competencia*» a la que aboca el tratamiento diferenciado en función de la nacionalidad del operador concernido.

En la tercera parte se recurre a los principios de buena regulación y a la calidad normativa en tanto que instrumentos para lograr una mayor certidumbre jurídica en un entorno de hipertrofia en la producción. Se transita así por la planificación y evaluación normativa, se describen los controles “*ex ante*” y “*ex post*” en la actividad normativa y se da cuenta de los aun embrionarios intentos en su fiscalización jurisdiccional.

En los Capítulos cuarto a sexto se expone la disparidad de los límites que afectan al «*riesgo regulatorio*». Mientras que Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional se han decantado por un trato deferente al regulador, la doctrina del Tribunal de Justicia en torno al principio de confianza legítima prescinde de verificar si pudo o no preverse la eventualidad del cambio normativo sobrevenido y sitúa la clave en determinar si se disponía de elementos suficientes que permitieran contemplar que el régimen normativo sería suprimido o alterado en un determinado lapso temporal.

En lo que hace al ámbito del Derecho internacional transnacional, se descarta la posibilidad de aplicar la doctrina del «*riesgo regulatorio*». Tras referir los aspectos sustantivos y procedimentales de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados, y siempre con el hilo conductor de los cambios en el régimen normativo de las energías renovables en España, se advierte que lo que ha de primar es el principio de trato justo y equitativo a las legítimas expectativas de los inversores. De esta forma, en los casos en los que los órganos arbitrales concluyen que ese trato justo y equitativo ha sido infringido, se suscita el conflicto normativo consistente en la imposibilidad de cumplir de forma simultánea con dos normas que arrastran a resultados antagónicos: de una parte, el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea en tanto que opuesto al otorgamiento de ventajas económicas selectivas e imputables a los Estados miembros, al ser incompatibles con el mercado interior. De otra, la obligación de ejecutar los laudos producto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales y, en particular, en el Tratado de la Carta de la Energía.

Para finalizar el trabajo, ya en sede de conclusiones, se proponen los criterios que habrían de presidir la configuración y utilización del «*riesgo regulatorio*», se sugiere un mayor rigor a la hora de configurar sus límites en el Derecho interno y se motiva el porqué de la imposibilidad jurídica de satisfacer las indemnizaciones a las que España viene siendo condenada en laudos arbitrales basados en la infracción del trato justo y equitativo. Ello en tanto que implicaría contravenir el régimen de ayudas de Estado y, por tanto, el orden público desde la perspectiva del Derecho de la Unión.

## ABSTRACT

The aim of this contribution is to analyze the jurisprudential construction of «*regulatory risk*». In doing so, it is found that, in the form in which it was created and has been developed by the Supreme Court, it is not compatible with the analysis that the Court of Justice of the European Union carries out in relation to the principle of legitimate expectations, nor can it be extrapolated to the field of transnational international Law. In the context of the modifications to the incentives for renewable energies carried out in Spain a little over a decade ago, we will highlight both the different treatment to which operators are exposed depending on their nationality and the disparity of limits to which the regulator is subjected depending on their nationality.

It must be admitted that «*regulatory risk*» implies a kind of burden to be borne by the public in general or by economic operators in particular when operating in sectors in which there has been a monopoly and even today competition or the market are unusual. The question that arises then is whether reasons of strict political convenience or those derived from legislative or executive scenarios must imply the assumption by the administrated of pernicious consequences in the economic or even arbitrary in the legal sphere.

The first part of the study deals with the origin, concept and legal nature of «*regulatory risk*», examining its most significant practical manifestations and addressing the most relevant decisions of the Administrative Chamber of the Supreme Court, paying special attention to those derived from the aforementioned modifications in the incentives for renewable energies that took place in 2010 and 2013. The jurisprudential review is completed with the so far condescending constitutional doctrine in this regard.

The second chapter attempts to specify the area in which «*regulatory risk*» most frequently comes into play, which is identified with the so-called regulated sectors, regulation being precisely one of the modalities of administrative intervention. Its main characteristics are described, the characteristic administrative intervention and supervision in this environment is defined and the idea of «*regulatory risk*» is connected with that of «*dysfunction for competition*», which leads to differentiated treatment according to the nationality of the operator concerned.

The third part deals with the principles of good regulation and regulatory quality as instruments to achieve greater legal certainty in an environment of hypertrophy in production. Thus, we move through regulatory planning and evaluation, describe “*ex ante*” and “*ex post*” controls in regulatory activity and report on the still early attempts at jurisdictional oversight.

Chapters four to six describe the disparity of the limits affecting «*regulatory risk*». While the Supreme Court and the Constitutional Court have opted for a deferential treatment of the regulator, the doctrine of the Court of Justice on the principle of legitimate expectations dispenses with verifying whether or not the eventuality of the regulatory change could have been foreseen, and places the key in determining whether sufficient elements were available to allow foreseeing that the regulatory regime would be eliminated or altered within a certain period of time.

As regards transnational international Law, the possibility of applying the doctrine of «*regulatory risk*» is ruled out. After referring to the substantive and procedural aspects of the investor-State dispute settlement mechanisms, and always with the common denominator of the changes in the regulatory regime of renewable energies in Spain, it is noted that what must prevail is the principle of fair and equitable treatment of the legitimate expectations of investors. Thus, in those cases in which the arbitration bodies conclude that such fair and equitable treatment has been infringed, the regulatory conflict arises, consisting of the impossibility of simultaneously complying with two rules that lead to antagonistic results: on the one hand, the European Union's State aid regime as opposed to the granting of selective economic advantages attributable to the Member States, as they are incompatible with the internal market. On the other hand, the obligation to enforce the awards resulting from the dispute settlement mechanisms provided for in international agreements and, in particular, in the Energy Charter Treaty.

To conclude the study, the chapter on conclusions proposes the criteria that should govern the configuration and use of the «*regulatory risk*», suggests a greater strictness in the configuration of its limits in domestic Law and explains why it is legally impossible to pay the compensation to which Spain has been condemned in arbitration awards based on the infringement of fair and equitable treatment. This is because it would imply contravening the State aid regime and, therefore, public order from the perspective of Union Law.

## **INTRODUCCIÓN**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## INTRODUCCIÓN

El interés por el tema al que se dedica el presente trabajo surge a raíz de la lectura de un artículo publicado en el diario El País el 7 de julio de 2015 y titulado «*Abogados del Estado pleitean contra España fichados por fondos “verdes”*». Si bien es cierto que la noticia ponía el énfasis en el elevado porcentaje de Abogados del Estado en excedencia y aludía a los alicientes económicos que les motivaba a dar ese salto profesional, lo que se antojaba como verdaderamente llamativo era la existencia de multitud de arbitrajes internacionales en curso contra España a raíz de los llamados «*recortes a las renovables*». Se señalaba que fondos internacionales que invirtieron en España atraídos por una rentabilidad garantizada vieron pulverizadas sus expectativas por mor de unas modificaciones legislativas adoptadas por Ejecutivo distinto del que las aprobó y que respondían a la crisis económica que en tal momento se atravesaba.

La cuestión resultaba aun más fascinante si se tiene en cuenta que ya en aquella fecha las reclamaciones formuladas por los operadores nacionales habían sido definitivamente resueltas por el Tribunal Supremo, el cual había avalado la legalidad de las modificaciones con base en una construcción propia como era la doctrina del riesgo regulatorio. De hecho, meses después, el Tribunal Constitucional, con la STC 270/2015, de 17 de diciembre, liquidaría por completo las esperanzas de unos inversores patrios también atraídos por una rentabilidad que se suponía mucho más atractiva de lo que finalmente fue.

¿Era posible entonces que unos mismos operadores económicos, pese a jugar sobre idéntico terreno de juego, se vieran regidos por distintos árbitros? ¿Podían algunos de esos operadores, los inversores foráneos, elegir el foro, esto es, el tribunal (jurisdiccional o arbitral) que resolviera sus disputas contra el Estado en el que la inversión tenía lugar? Y aun más. ¿Existían reglas diferentes a aplicar por unos y otros juzgadores en función de la nacionalidad de quien materializaba la inversión?

La respuesta a todas estas cuestiones resultó afirmativa. En efecto, los inversores internacionales, aquellos que, desde dentro y fuera de la Unión Europea acudieron al calor de una rentabilidad que luego el Ejecutivo de turno hubo de reputar excesiva, podían eludir a los órganos jurisdiccionales nacionales y recurrir a órganos arbitrales en el marco de los compromisos internacionales asumidos por España. Tales acuerdos, a su vez, derivaban ya de Tratados Bilaterales de Inversión (bien con países de la Unión, bien con terceros Estados), ya de Tratados multilaterales (señaladamente, el Tratado de la Carta de la Energía). En tales instrumentos internacionales España se comprometía a garantizar un trato justo y equitativo a las inversiones y, por ende, se generaban unas expectativas legítimas a los inversores.

Sobre tales premisas, el diseño que resultaba era el de unos operadores nacionales que se veían obligados a combatir las decisiones del legislativo o ejecutivo ante los órganos jurisdiccionales españoles. Al mismo tiempo, los inversores internacionales podían prescindir de tales acciones y recurrir directamente ante órganos arbitrales constituidos allende nuestras fronteras. Adviértase que contra las decisiones de estos últimos ningún recurso ante los órganos judiciales nacionales cabe. Así las cosas, los criterios sentados por los Altos Tribunales de nuestro país podían resultar perfectamente irrelevantes para tribunales compuestos por tres árbitros de la más diversa procedencia y cuyo único parámetro a tener en cuenta a la hora de fiscalizar la legalidad de la actuación legislativa o administrativa venía dado por el compromiso internacional de garantizar un trato justo y equitativo a la inversión.

No resulta extraño que la disparidad de criterios no tardase en aparecer. Mientras que el Tribunal Supremo recurrió a su doctrina del riesgo regulatorio (reduciendo, dicho sea de paso, a la mínima expresión los límites que con arreglo al Derecho interno habrían de regir), los órganos arbitrales no se veían concernidos por tal construcción jurisprudencial y buena parte de los inversores internacionales se situaron en una posición mucho más favorable que los patrios.

Huelga decir que la competencia se veía afectada. Un solo criterio, el de la nacionalidad del inversor, deparaba no solo quién había de juzgar la controversia con el Estado sino también una mayor o menor intensidad en la exigibilidad de garantizar un marco jurídico estable.

Pero la constatación de esa discriminación daba paso a un problema aun más complejo. ¿Qué sucede si un tribunal arbitral condena a España a indemnizar a un inversor por haber vulnerado el trato justo y equitativo? ¿Puede el Estado español satisfacer la indemnización aun cuando la Comisión Europea califique a la misma como ayuda de Estado? ¿Puede establecerse una prelación entre esos compromisos, esto es, de una parte, el de respetar el Derecho de la Unión y, con él, el régimen de ayudas de Estado, y de otra, garantizar un determinado estándar de protección para las inversiones foráneas?

La pugna que se suscita evidencia la imposibilidad de cumplir de forma simultánea dos normas que arrastran a resultados antagónicos. La tesis que se plantea, ya se anticipa, pasa de entrada por censurar la condescendencia hasta ahora mostrada por los Tribunales Supremo y Constitucional hacia modificaciones normativas que, como evidencia la operada en el año 2013 en el sector de las renovables, afectaban de forma palmaria al principio de irretroactividad y, con ello, también a los de seguridad jurídica y confianza legítima. No obstante, junto a lo anterior, se subrayará la imposibilidad de mantener unos compromisos internacionales (ya en la forma de Tratados Bilaterales de Inversión intra-UE, ya multilaterales como el Tratado de la Carta de la Energía) que abocan a desconocer el régimen de ayudas de Estado desde el momento en que compelerían a satisfacer indemnizaciones que tendrían la consideración de tales.

El conflicto normativo descrito constituye un debate jurídico apasionante al integrar conceptos de la mas variada naturaleza y tratar de componer las relaciones entre mundos jurídicos diversos. A su vez, supone una cuestión de la mayor actualidad y relevancia económica para España en tanto que se siguen sucediendo laudos condenatorios multimillonarios por la supresión de incentivos a las energías renovables, dentro de una batalla judicial que aún se libra y con multitud de frentes abiertos por todo el planeta. Contra el Estado español se han presentado demandas en distintas sedes arbitrales por las que se reclaman en torno a 10.000 millones de euros. Es cierto que, hasta el momento, solo se han concedido una décima parte. También lo es que España no ha satisfecho aun ninguna cantidad, desplegando a través de la Abogacía del Estado toda suerte de recursos y argumentos ante los órganos jurisdiccionales de aquellos países en los que se intenta ejecutar los laudos.

Ahora bien, no puede desconocerse el hecho de que, tarde o temprano, alguna de estas ejecuciones en curso se pueda traducir en la persecución de bienes del Reino de España en esos territorios, lo que, sin duda, aparecerá dotado de un gran simbolismo y presentará otras implicaciones que van más allá de lo exclusivamente jurídico.

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO I**

### **EL RIESGO REGULATORIO. CONCEPTO Y NATURALEZA**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## I. EL RIESGO REGULATORIO. CONCEPTO Y NATURALEZA

### 1. Fugacidad normativa.

Constituye un lugar común la referencia crítica en todo tipo de análisis jurídicos a lo que se da en llamar «*legislación motorizada*» cuando se trata de advertir sobre la inflación legal o los continuos vaivenes legislativos. A la expresión original, atribuida generalmente a Carl Schmitt<sup>1</sup> y plasmada ya en su obra a mediados del siglo XX<sup>2</sup>, han seguido innumerables formulaciones análogas tanto fuera como dentro de nuestras fronteras, resultando, entre ellas, especialmente ilustrativa la de «*leyes desbocadas*» utilizada por García de Enterría<sup>3</sup>. Menciona éste entre las causas que contribuyen decisivamente a tal hipertrofia legislativa no solo la nueva distribución territorial del Estado (con el consiguiente reparto del poder normativo) sino también la proliferación de las llamadas leyes-medida, encaminadas a resolver cuestiones singulares si bien bajo la apariencia de normas abstractas con vocación de permanencia.

No se trata pues de una preocupación reciente. Para Jeremy Bentham, quien para unos representa el fundador del utilitarismo y para otros constituye el sistematizador del mismo, «*la mayor felicidad del mayor número es el fundamento de la moral y la legislación*»<sup>4</sup>. Sirviéndose del término nomografía, dispensó a ésta la consideración de arte y ciencia mediante los cuales se puede dar expresión al contenido de la ley, de forma tal que «*conduzca en el máximo grado posible a la obtención de los fines, cualesquiera que fueren, que el legislador, quien quiera que fuere, pueda tener en mente*»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C., «*El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt*», Revista de Estudios Políticos (Nueva época), (161), julio - septiembre 2013, págs. 55-56. Concreta que tal expresión habría sido acuñada «*en una conferencia, pronunciada en los años 1943 y 1944, en Bucarest, Budapest, Madrid, Coimbra, Barcelona y Leipzig, en la que se hizo eco de los modos de producción normativa, a base de incesantes decretos, reglamentos y ordenanzas, característicos de los países europeos, tras pasar todos ellos, en alguna medida, por las experiencias de la guerra y la posguerra, la movilización y la desmovilización, la revolución y la dictadura, la inflación y la deflación*».

<sup>2</sup> SCHMITT, C., «*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*», Tübingen, Internationaler Universitäts-verlag, 1950, pág. 20.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E., «*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*», Civitas, 1999.

<sup>4</sup> Se sintetiza en esta expresión el objetivo de su obra y se ve plasmada, básicamente, en BENTHAM, J., «*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*», Londres, 1780.

<sup>5</sup> BENTHAM, J., «*Nomografía o el arte de redactar leyes*», Senado de la República de México, 2009, pág. 25.

Percibía ya entonces «*cualidades viciosas o vicios de primer orden*» en los textos normativos y que, a grosso modo, circunscribía a la ambigüedad, la oscuridad y la voluminosidad. Ésta última afirmaba era predicable de «*un cuerpo de leyes*» cuando el individuo no puede tener presente, a su alcance durante todo el tiempo, los fragmentos que le conciernen y le interesaría retener en mente.

Bien puede comprenderse que las magnitudes que habían de enfrentarse por cualquier jurista en aquélla época nada tienen que ver con las que hoy son de abordar. Sin embargo, es fácilmente perceptible que la preocupación por alcanzar la felicidad para el mayor número se identificaba plenamente con el principio de igualdad ante la Ley y que la actividad legislativa era concebida ya entonces como un instrumento indispensable para la transformación de la sociedad a través de una constante revisión de las normas jurídicas.

La desaforada producción normativa puede generar incertidumbre por la imposibilidad de llegar a conocer siquiera una mínima parte del ordenamiento jurídico, siendo así que la sola determinación del régimen de aplicación pueda resultar incompleta<sup>6</sup>. Pero aun más grave se revela la dificultad para discernir cuál es el norma vigente en cada momento, los efectos que para los destinatarios de las mismas tienen las modificaciones legislativas o el dilucidar si éstos tienen la posibilidad de combatir cambios inopinados o, al menos, ser resarcidos por los perniciosos efectos que pudieren depararles.

No se estaría ya en ese caso ante una simple cuestión de técnica normativa o de calidad legislativa sino de hacer efectiva la garantía de certeza en el ordenamiento jurídico aplicable, procurando tanto «*la claridad y no la confusión normativa*» (STC 46/1990, de 15 de marzo, F.D. 4º) como «*la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho*» (STC 36/1991, de 14 de febrero, F.D. 5º). Implica, en suma, entender concernido el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) en todos aquellos supuestos en los que los destinatarios de las normas no puedan razonablemente superar la incertidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o a propósito de la previsibilidad de sus efectos (en tal sentido, STC 96/2002, de 25 de abril).

---

<sup>6</sup> Particular interés presenta la obra de ZAPATERO GÓMEZ, V., «*El arte de legislar*», Aranzadi, 2009. En la misma, su autor, tanto advierte de la sensación de ciudadanos y expertos de que se vierten diariamente más normas de las que no solo se es capaz de cumplir como destaca que es precisamente la norma uno de los instrumentos más dignos en la intervención estatal no ya como mera expresión de poder sino en tanto que voluntad procedente de la razón.

## 2. Una aproximación general al concepto de riesgo regulatorio.

Pese a la frecuencia con que doctrina legal y científica hacen uso del mismo, no es posible encontrar una definición del riesgo regulatorio en texto normativo alguno. Su creación, resulta evidente, es estrictamente jurisprudencial y han sido también los órganos jurisdiccionales los que han ido configurando su significado y límites en un proceso que -no resulta aventurado predecir- no estaría ni mucho menos culminado.

Se sitúa su origen en el tránsito de los monopolios estatales a los sectores liberalizados. Se pasaba entonces de unos escenarios certeros, estables, a otros en los se abría paso la libre competencia y, con ello, una incertidumbre que generaba mayor volatilidad normativa. Como se expondrá posteriormente, si bien fue aquél contexto el que justificó y determinó su alumbramiento, no es desde luego ahora en el que se desenvuelve. Así las cosas, el riesgo regulatorio ya no va a quedar circunscrito a dar respuesta a las correcciones que el nuevo mercado demanda sino que puede extenderse a cualquier tipo de actividades económicas y proponerse servir de excusa a toda clase de cambios normativos o modificaciones sobrevenidas de aquellas circunstancias que propiciaron la iniciativa de los operadores.

Se ha visto el riesgo regulatorio como el riesgo a «un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre»<sup>7</sup>. Riesgo significa, en efecto, contingencia o proximidad de un daño<sup>8</sup>. En este caso, ese daño se proyecta sobre intereses económicos y/o jurídicos y trae causa de la posible modificación normativa. Sin embargo, la clave debe residenciarse en la relevancia a dispensar a esa eventualidad negativa que se cierne en el horizonte.

Otorgar «*plenos poderes*» al riesgo regulatorio -avalando una ilimitada “*potestas variandi*”- contribuiría a desvirtuar el principio de seguridad jurídica, debilitaría la confianza legítima, trasladaría al administrado un constante deber jurídico de soportar el daño e identificaría a la norma, en lugar de con las ideas de certeza y garantía, con las de incertidumbre o imprevisibilidad. Riesgo regulatorio integraría así lo que se ha calificado como «*oxímoron*» habida cuenta de que uno y otro término son antitéticos<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ BAJÓN, S., «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», Revista de Administración Pública, (188), mayo - agosto 2012, págs. 189-205.

<sup>8</sup> Esa es la principal acepción de la palabra según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

<sup>9</sup> BAÑO LEÓN, J.M., «Cave legislatorem. Confianza en el legislador de interés general», en «Riesgo regulatorio en las energías renovables» (Vol. 2), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pág. 90.

Por el contrario, negar a los poderes públicos (véase, legislador o Administración) la posibilidad de alterar el régimen normativo al albur de un pretendido derecho a la congelación de la situación jurídica de partida, tampoco resulta factible. No es compatible tal rigidez con el carácter dinámico del ordenamiento y, en particular, con la doctrina constitucional de acuerdo con la cual *«la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento»* [en tal sentido, STC 183/2014, de 6 de noviembre (F.J. 4º)].

La obligada y lógica ponderación de ambas posiciones lleva a concebir el riesgo regulatorio como una opción jurídica plausible, una construcción judicial idónea para un contexto muy singular (el de la liberalización de los monopolios) pero que, al mismo tiempo, no puede convertirse en una cláusula de salvaguardia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (no solo del Estado, como se verá) válida para todo momento y lugar<sup>10</sup>. No se trata por ello de afirmar o negar la posibilidad de que las modificaciones operen sino de concretar los límites dentro de los que hayan de desenvolverse.

### **3. La perspectiva económica del riesgo regulatorio.**

Aun cuando lógicamente la atención se centrará en el aspecto jurídico de la figura, no deben dejar de advertirse -siquiera de forma somera- las implicaciones económicas que la misma lleva consigo. En tal sentido, la estabilidad regulatoria no solo es recomendable sino que debe considerarse como la premisa que fomente las inversiones. A mayor riesgo, menor capacidad para atraerlas. Se habla así del *«regulatory risk»* para aludir al impacto que los cambios normativos pueden tener en un negocio, sector o mercado<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *«La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables»*, Revista Aragonesa Administración Pública, (43-44), 2014, págs. 65-66. Se llama la atención sobre la que se considera *«situación peor»* en la que se encontrarían *«los empresarios de las energías renovables»* afectados por los cambios normativos en el sector respecto de aquella en la que se encontrarían de haberse ejercitado *«las potestades sancionadora o expropiatoria»*. Ello por cuanto en estos últimos supuestos *«existen garantías económicas, materiales y de procedimiento de las que no gozan los empresarios de este sector para contrarrestar el aluvión normas que han mermado sus derechos»*.

<sup>11</sup> SERRANO CALLE, S., *«El riesgo regulatorio en el sector energético: índice de evaluación de la calidad regulatoria energética (ICRE)»*, Fundación EOI, 2013, pág. 107. Señala que *«la incertidumbre sobre cuáles serán las nuevas reglas y los costes que conlleva su implementación se traducen, en el ámbito empresarial, en retrasos en las decisiones de inversión, e incluso en una falta de compromiso con determinadas medidas no obligatorias, pero sí recomendadas, por la falta de certidumbre generada»*.

A su vez, la referida estabilidad aparecerá generalmente ligada a la ausencia de riesgo político. Este otro riesgo puede derivarse de la variable coyuntura política y se relaciona con la eventual acción arbitraria de los Ejecutivos (generalmente motivado por la alternancia que pueda producirse), la imposibilidad de convertir moneda, el establecimiento de embargos comerciales, la incautación de activos, escasez de divisas o afectación de infraestructuras derivadas de alteraciones graves de orden público o desastres naturales.

En torno a lo que se ha dado en llamar «*oportunismo político*» se viene desarrollando toda una teoría que permite distinguir, de una parte, los riesgos políticos propiamente dichos (e integrados por actos de naturaleza expropiatoria directa o indirecta (también conocida como «*creeping expropriation*») y, de otra, los riesgos de incumplimiento por parte de las Autoridades de los compromisos suscritos o las normas vigentes<sup>12</sup>.

Aun cuando existen diferentes clasificaciones, puede resultar ilustrativo el «*Mapa de Riesgo Político*» elaborado anualmente por Marsh España y basado en datos de Fitch Solutions. Éstos últimos constituyen una de las principales fuentes de análisis independiente de los riesgos políticos, macroeconómicos, financieros y sectoriales. Apunta el Informe de 2019, en lo que a los países con un mayor índice de desarrollo se refiere, al proteccionismo como uno de los elementos que mayor incertidumbre provoca, llamando la atención sobre el hecho de que tales prácticas proteccionistas ralentizarían el proceso de globalización y se traducen, entre otras medidas, en el establecimiento de aranceles comerciales<sup>13</sup>.

Aparece España con índice de riesgo del 69.1 (siendo 100 el máximo y un índice inferior a 50 reflejo de inestabilidad), resultando reseñable que así como el índice a largo plazo se eleva hasta un favorable 74.9, el de corto plazo se ve reducido a un 64.6. Lejos en todo caso de países con ratios superiores al 80 (como es el caso de Noruega, Suecia o Canadá) y equiparándose a un grupo de otros tan heterogéneos como Italia, China o Arabia Saudí. Sea como fuere, como se abordará más adelante y por las razones que se expondrán (fundamentalmente, referentes a los litigios derivados de los cambios normativos en materia de

---

<sup>12</sup> Un interesante análisis sobre el oportunismo y el riesgo político, incluyendo el estudio de las medidas con las que aminorarlo y los criterios que vienen siguiéndose para su medición se encuentra en FERRO, G., «*Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura*», Texto de Discusión (25), marzo 2001, Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa.

<sup>13</sup> Texto disponible en: <https://www.marsh.com/pa/es/campaigns/political-risk-map-2019.html#> [Última visita: 31/7/22].

energías renovables), España se convirtió en los años 2018 y 2019 en el país más demandado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>14</sup>.

#### **4. El enfoque jurídico y los distintos conceptos e instituciones concernidos.**

Sin perjuicio de los diferentes ámbitos donde el riesgo regulatorio puede desenvolverse y, por tanto, los distintos roles que puede representar (cuestión que será abordada en el apartado siguiente), conviene anticipar que ha de tenerse por un concepto jurídico o, al menos, que se está ante una construcción que implica a multitud de conceptos y principios jurídicos.

No falta, sin embargo, quien afirma que lo que hace es describir una *«situación de hecho»*<sup>15</sup>. Se deslindaría así del concepto jurídico creado por el Tribunal Supremo y conforme al cual aquellos operadores a los que una regulación les resulta favorable no pueden tener ni la certeza ni la esperanza de que la misma no sufrirá modificación que pudiera perjudicarles. Considera BAÑO LEÓN que la tesis de que el *«cambio normativo forma parte del riesgo normal al que debe hacer frente una empresa»*, más allá de que puede tenerse por una *«brillante concepción»*, no convence en el plano jurídico *«aunque sí pueda serlo en el económico»*. Y es que, aun cuando la incertidumbre exista en el desarrollo de las actividades económicas, *«eso no significa que en el ordenamiento español ni en el europeo pueda construirse un concepto jurídico de riesgo que limite la responsabilidad del Estado por posibles daños patrimoniales derivados de un cambio abrupto de la norma o que derogue los límites que la protección de la confianza supone a la potestad de modificación de las normas»*.

El punto de partida para analizar la construcción jurídica del riesgo regulatorio puede situarse en la idea de riesgo y ventura inherente al desarrollo de cualquier tipo de actividad económica y, más aún, cuando se trata de ámbitos sujetos a un mayor grado de regulación. Tal noción de riesgo y ventura es propia -aunque no exclusiva- del ámbito de la contratación pública. Puede entenderse como la facultad que a la Administración le permite desentenderse de los daños causados a terceros por el contratista durante la ejecución del contrato (de otra forma a éste le resultaría indiferente ser diligente en tal ejecución). Pero también puede identificarse por el riesgo empresarial, esto es, con la necesidad del agente económico de someterse a competencia junto con el resto de agentes del mercado.

---

<sup>14</sup> A propósito del más reciente Informe -relativo al año 2019- *«The ICSID case-load - Statistics»* puede examinarse: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-1%20Edition%29%20ENG.pdf> [Última visita: 31/7/22].

<sup>15</sup> BAÑO LEÓN, J.M., op. cit., pág. 89.

La presencia del riesgo regulatorio acrecienta el «álea» o azar inherente a cualquier iniciativa privada. La atención habrá de situarse entonces en los límites hasta dónde éste riesgo es admisible y para lo que podrían introducirse medidas “*ex ante*” (fundamentalmente, de técnica regulatoria o de respeto a los distintos principios constitucionales concernidos) o “*ex post*” (indemnizando por aquellos perjuicios que no existe obligación de soportar).

En ese esquema juega un papel determinante la diligencia del operador y la medición de ésta pasa por analizar su capacidad para predecir el cambio normativo. Se trata de una labor a realizar por los órganos jurisdiccionales y que debería consistir en algo más que simples juicios de valor. Baste a este respecto señalar como en la primera Sentencia en la que la Sala Tercera aludía al riesgo regulatorio<sup>16</sup>, el criterio que se revela como decisivo para el Tribunal Supremo a la hora de concluir lo predecible de la reforma legislativa era que por mor de «*la calidad de [los] servicios internos*» de las empresas eléctricas afectadas así como «*por sus relaciones con el poder regulador*» no podían ignorar lo previsible del cambio de norma.

Se estaba -ha de insistirse- ante un ámbito muy concreto<sup>17</sup>, en nada homologable con los distintos campos en los que puede hoy esgrimirse el riesgo regulatorio como un factor que atenúe la seguridad jurídica. Ya no se trata de unas pocas empresas en una posición privilegiada sino que el riesgo regulatorio puede invocarse ante todo tipo de actividad y operador. Se corre así el peligro de caer en un absoluto subjetivismo que convierta la tarea jurisdiccional en una evaluación de la ligereza o, en su caso, del suficiente y adecuado estudio o previsión de quienes se vieron afectados por la norma.

Dando un paso más en el razonamiento, sí que puede cuestionarse -y valorarse jurisdiccionalmente en cada caso- su proporcionalidad o la existencia de alternativas menos lesivas, circunstancias que, a su vez, conectarán con la motivación de la reforma. Las conclusiones que sobre tales extremos se alcancen servirán para dilucidar si existe o no un deber jurídico de soportar el daño de suerte que de ser así quedaría excluida la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

---

<sup>16</sup> Sentencia (Sección 3ª) de 11 de junio de 2001 (rec. 117/2000). Se abordaba en la misma la inclusión dentro de las tarifas eléctricas de las partidas denominadas «*coste de la moratoria nuclear*» y «*costes de transición a la competencia*» o «*costes de transición al régimen de mercado competitivo*» (CTC).

<sup>17</sup> CASTRO-GIL AMIGO, J. y GARCÍA BRIEVA, J., «*Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio*» en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 169. Señalan estos autores que el criterio jurisprudencial habría dado un especial significado al riesgo regulatorio, «*incluyéndolo como una especie de “pecado original” en los nuevos sectores regulados por la Administración*» y que con ello se habría llenado de un «*peligroso contenido dicha figura, pues en las manos inadecuadas, abría la puerta a abusos difíciles de contener en el futuro*».

No se estaría ante un daño antijurídico de concurrir causas de justificación en el proceder legislativo. Sucede no obstante que si, como parece lógico, se admite la legitimidad del cambio, resulta difícil concebir un supuesto en el que el Legislativo o la Administración no estén amparados por tales causas de justificación<sup>18</sup>. Se observa así al riesgo regulatorio como un «argumento de refuerzo para excluir la infracción del principio de seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de modificaciones normativas»<sup>19</sup>.

Y sobre tal legitimidad del cambio puede resultar interesante acudir al derecho de contratos y a dos principios que en el mismo operan. Se trata, no está de más advertirlo, de trazar una simple analogía con, de una parte, el principio “*pacta sunt servanda*” o de la obligación de estar a lo pactado, identificado con el principio de buena fe y que se traduce en una mayor seguridad jurídica para las partes. De otra, la cláusula “*rebus sic stantibus*” o de la habilitación a la alteración de las condiciones pactadas ya ante la imposibilidad absoluta de que sean cumplidas en sus propios términos, ya porque por circunstancias sobrevenidas y que no pudieron preverse implican una excesiva carga que rompería el equilibrio de las prestaciones, poniendo en entredicho el fin del contrato.

El principio “*pacta sunt servanda*” se erigiría así en un eventual obstáculo a la libre e ilimitada modificación normativa. De esta forma, si tanto en el ámbito del Derecho Privado como en el del Derecho Público contractual sirve para restringir el “*ius variandi*” (que en favor de la Administración en este último caso) se reconoce, en el mundo de la producción normativa evitaría que el poder público que ha establecido un determinado régimen jurídico pueda desvincularse del mismo y alterarlo de forma arbitraria y absolutamente discrecional.

---

<sup>18</sup> PAREJO ALFONSO, L., «Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad» en «Riesgo regulatorio en las energías renovables» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 29 a 72. No ya como causa de justificación sino fundado en la concurrencia de un estado de necesidad traza este autor una teoría general acerca de la posibilidad de que se ampare el cambio normativo en la inaplazable urgencia de salvaguardar determinados intereses (así, por ejemplo, una situación de dificultad económica) aun a expensas del sacrificio de otros que puedan ser considerados como de una trascendencia menor.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ BAJÓN, S., op. cit., pág. 202. Añade que «el riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos».

En tal sentido, recurre DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO<sup>20</sup> a otro principio, el de “*contractus lex*”, para modular la «*peculiar función de los contratos*» y determinar la forma de entender «*qué es lo justo y equitativo en los cambios normativos en materia contractual con criterios diferentes a los habituales en otros contextos*». Se puede diferenciar así entre la ley del contrato (que no permite dejar al arbitrio de una de las partes su modificación en los términos que fija la propia legislación de contratos) y las modificaciones de la Ley de contratos a propósito precisamente de tales modificaciones, con las consiguientes implicaciones respecto de las modificaciones normativas en los contratos ya celebrados o en curso de ejecución.

Llevado el planteamiento precedente a sus últimas consecuencias, esto es, que todo cambio normativo pudiera estar justificado, podría resultar más perjudicial para el administrado -y correlativamente más beneficioso para la Administración- que cuanto se deriva del ejercicio de potestades expropiatorias o, incluso, de carácter sancionador. Ello por cuanto en estos dos últimos supuestos sí que ha de actuar sometido el poder público a claros límites, procedimentales o sustantivos. Sin embargo, si no se establecen límites a la modificación del régimen jurídico por el que se han de regir determinadas actividades (o si los que cabe inferir que rigen se difuminan hasta el punto de hacerles desaparecer) no nos encontraríamos *de facto* ante una situación muy distinta de la privación de la «*propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos*»<sup>21</sup> sin compensación o justiprecio alguno.

Ello sitúa, a su vez, ante la decisiva distinción entre derechos adquiridos y expectativas. Diferenciación que incorpora nuevamente un alto grado de subjetivismo y que, sin embargo, se revela determinante a efectos de que rija el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la Constitución. No en vano la doctrina constitucional, ya desde sus primeros pronunciamientos sobre el particular<sup>22</sup>, aplica la irretroactividad únicamente a los derechos consolidados, entendiendo por tales los «*asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas*». Lo anterior se traduce en que solo se concluye que una norma es retroactiva a efectos del citado artículo 9.3 cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de forma tal que solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio.

---

<sup>20</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «*Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos*», en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 2), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 37 a 39.

<sup>21</sup> En la fórmula utilizada por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (LEF).

<sup>22</sup> SSTC 42/1986, de 10 de abril [F.J. 3º] y 65/1987, de 21 de mayo [F.J. 19º].

Frente a todo ello, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, se reconoce al legislador un amplio margen de libertad. De esta forma, no entrarían dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso<sup>23</sup>.

Del conjunto de instituciones y conceptos jurídicos referidos cabe concluir que nos encontramos, en el decir de MARTÍN PALLÍN y SÁNCHEZ CORZO<sup>24</sup>, ante una «*jurisprudencia de conceptos*» cuyas líneas dominantes son la «*acentuación de la misión práctica del derecho y de la ciencia jurídica, la ponderación del elemento teleológico, la necesidad de tener en cuenta la realidad social, la conexión de la ciencia jurídica con la filosofía del derecho y la exaltación de los hechos aún en contraposición a las normas. En suma, realismo frente a formalismo jurídico; sociologismo frente a normativismo*».

## **5. Manifestaciones prácticas del riesgo regulatorio.**

Aceptado que el desenvolvimiento de las actividades económicas vengan sujetas al principio de riesgo y ventura en tanto que plasmación de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que el artículo 38 de la Constitución proclama, resulta de sumo interés la distinción entre un concepto estricto de riesgo regulatorio (que circunscribiría su aplicación a la eventual modificación del marco regulador) y otro amplio (dentro del cual se comprenden desde la modificación de las condiciones de acceso de los particulares al ejercicio de una actividad económica a la variación de las condiciones de ejercicio por parte de los mismos de actividades reguladas, pasando por la alteración de las condiciones aplicables a las inversiones

---

<sup>23</sup> BAÑO LEÓN, J.M., op. cit., págs. 82 y 83. En relación con la doctrina sobre los cambios producidos en el régimen económico-tarifario de las energías renovables, destaca como el esquema de la doctrina constitucional se reproduce de forma que la «*confianza legítima no constituye “ratio decidendi” de las Sentencias, sino simples “obiter dicta”, pues una vez que el Tribunal ha llegado a la convicción de que no hay retroactividad, la confianza legítima nunca es admitida con el simple expediente de que la empresa no tenía una situación digna de protección, o con la apelación a la doctrina del riesgo regulatorio [...] En sentido contrario cuando el Tribunal llega a la convicción de que ha existido una afectación a un derecho consolidado porque la norma altera los supuestos de hecho ya pasados invoca el principio de protección de la confianza para reforzar su tesis*».

<sup>24</sup> MARTÍN PALLÍN, J.A. y SÁNCHEZ CORZO, J., «*La cascada legislativa que ahoga las energías renovables*» en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 240. Citan, a su vez, a HERNÁNDEZ GIL y a la referencia que a sus aportaciones se contienen en VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «*La metodología de la ciencia del derecho y el método para la determinación del derecho según Antonio Hernández Gil*» en «*Homenaje a don Antonio Hernández Gil*», Coord. por MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

ejecutadas al amparo de contratos administrativos o negocios jurídicos suscritos con entidades del sector público)<sup>25</sup>.

Veamos de forma individualizada cada uno de estos supuestos y la forma en la que hasta ahora se han abordado por la doctrina legal:

a) En primer lugar, en lo que se refiere a los cambios que puedan producirse en las condiciones de acceso al desarrollo de la actividad económica, debe recordarse que en el tránsito de un Estado con una economía planificada y con un apabullante control del Producto Interior Bruto a una economía garante de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado jugó un papel esencial la Constitución Española de 1978 y, en particular, los preceptos que la misma dedica a lo que se cataloga como «*Constitución económica*». A tal respecto, LÓPEZ GARRIDO conviene con JIMÉNEZ BLANCO en calificar como «*simplista y perfectamente erróneo*» el intento de identificar el artículo 38 (libertad de empresa y economía de mercado) como el artículo de la derecha y al artículo 128 (intervención del Estado en la economía) como la norma de la izquierda. Predica del modelo económico constitucional «*características muy abiertas*», resaltando que «*si algo se podría decir es que considera, en todo caso, al sistema de relaciones económicas como algo no absolutamente regulado o inmune al poder público*»<sup>26</sup>.

Sea como fuere, es lo cierto que el artículo 128.2 de la Constitución reconoce la «*iniciativa pública en la actividad económica*», contemplando que «*mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*». Esa reserva o publicación («*publicatio*») consiste en la reserva expresa que hace el ordenamiento jurídico al Estado de una actividad o de la titularidad de ciertos bienes. Tal «*publicatio*» puede ser completa (la Administración asumiría con carácter monopolístico una actividad y sin perjuicio de que pueda otorgar una concesión para que la iniciativa privada la desarrolle) o genérica (que se traducirá en los calificados como servicios públicos impropios en los que bastaría con la autorización para el desarrollo de la actividad privada en ese ámbito).

---

<sup>25</sup> Se sistematiza el riesgo regulatorio en esta forma en el trabajo de SILVÁN OCHOA, P., «*Inversión, riesgo regulatorio y expropiación indirecta*» en «*Derecho de la empresa y de los mercados financieros (Ramón y Cajal Abogados 30 años)*», Coord. por MATEU DE ROS, R. y ALCALÁ DÍAZ, M.A., Aranzadi, 2016.

<sup>26</sup> LÓPEZ GARRIDO, D., «*Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica*», Revista del Centro de Estudios Constitucionales, (15), mayo - agosto 1993, págs. 79-96.

El supuesto inverso se produce cuando una actividad hasta entonces objeto de reserva pasa a ser liberalizada y, de esta forma, el agente económico que hasta ese momento venía prestándola -en virtud del correspondiente título- puede verse afectado.

Un ejemplo de esto último se encuentra en la liberalización que tuvo lugar de los servicios funerarios. Hasta el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica<sup>27</sup>, la prestación de servicios funerarios podía ser ejercida por las entidades locales en régimen de monopolio. Regía, pues, una reserva legal a favor de tales entidades que les facultaba para prestar los servicios funerarios mediante gestión directa o indirecta.

El Tribunal Supremo desestimó los recursos por los que se pretendía declarar la responsabilidad del Estado legislador con base en los perjuicios irrogados a aquellas empresas que venían prestando la actividad en régimen de monopolio. Con base tanto en el artículo 9.3 de la Constitución como en el 139 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPC), se fijó como doctrina la de que, salvo respecto de leyes expropiatorias (donde siempre hay derecho a expropiación), en los demás casos habrá que estar a lo que dispongan las propias leyes y sin que pueda descartarse que exista responsabilidad cuando la producción del daño reviste caracteres suficientemente singularizados como para que pueda entenderse que existe un sacrificio patrimonial de intereses económicos legítimos. La conclusión alcanzada pasaba por rechazar las indemnizaciones solicitadas al no entender producida expropiación de ningún derecho ni alteración de la situación singular de los recurrentes toda vez que a lo más que se podría llegar es a reconocer la alteración de la cláusula contractual del monopolio, siendo así que la misma no era considerada como un derecho subjetivo<sup>28</sup>.

En definitiva, se rechazaba la posibilidad de reconocer derecho a indemnización por el ejercicio de potestades innovadoras del ordenamiento jurídico que se traducían en un cambio en la configuración de un régimen anterior o del sistema de gestión que hasta entonces regía. Existía, pues, un deber jurídico de soportar las consecuencias del cambio legislativo al no apreciar un derecho a prestar el servicio funerario en régimen de monopolio.

---

<sup>27</sup> Concretamente, en su artículo 22, además de declarar la liberalización, preveía que los Ayuntamientos pudieran someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización era de carácter reglado, debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se había de conceder a todo solicitante que reuniese los requisitos exigidos y acreditase disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.

<sup>28</sup> Por todas, puede citarse la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 6ª) de 4 de abril de 2002 (rec. 495/1998).

Pero de forma análoga a este supuesto -cuyas consecuencias jurídicas ya se agotaron hace más de una década- pueden darse en la actualidad otros casos en los que por mor de una modificación del régimen jurídico en el desarrollo de una actividad los operadores que hasta ese momento habrían venido prestándola se ven imposibilitados de seguir haciéndolo.

Ejemplo de interés es el caso de las viviendas de uso turístico (VUT) en el que se entrelazan aspectos urbanísticos (a través del planeamiento) y el régimen autorizador para su desarrollo (que se contempla en las normas autonómicas referentes a la promoción y ordenación de la actividad turística). De esta forma, aun cuando las disposiciones reguladoras de los distintos tipos de alojamiento turístico puedan establecer como condicionante para el desarrollo de la actividad como VUT a una declaración responsable y la inscripción en el Registro correspondiente, es lo cierto que a través de los instrumentos de planeamiento pueden introducirse requisitos que hagan que devenga imposible la actividad por no reunirse tales exigencias. Recientemente, el Tribunal Supremo ha avalado la intervención del planificador municipal en la materia para evitar en las grandes ciudades su *«desertización (gentrificación), en determinados lugares, al alterarse la forma de vida de los residentes habituales, debido a la transformación -de hecho- de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas la consecuencias que de ello se derivan»*<sup>29</sup>.

Sucede no obstante que en tal caso quienes venían ya ejerciendo la actividad al amparo tanto de la habilitación normativa autonómica como del laxo régimen de intervención administrativa que en materia turística se contempla, podrían verse privados de continuar la explotación del inmueble como VUT desde el momento en que se introducen exigencias adicionales. Este ha sido el caso -por citar solo unos ejemplos- de los Ayuntamientos de Bilbao y de Madrid, donde, de forma respectiva, a través de una modificación pormenorizada del PGOU y de un Plan Especial<sup>30</sup>, se han añadido la exigencia de acceso independiente a la vivienda así como determinadas condiciones a su implantación en edificios donde el uso cualificado era el residencial.

---

<sup>29</sup> En tal sentido, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) N° 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019). Esta Sentencia desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia N° 292/2019, de 11 de junio, de la Sala (Sección 2ª) de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (rec. 565/2018), desestimatoria del recurso dirigido contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 25 de enero de 2018, por el que se aprobó definitivamente la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. El análisis de tales determinaciones urbanísticas desde la perspectiva del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio llevó al Tribunal Supremo a reputar acertada la conclusión de la Sala de instancia ya en cuanto a la diferenciación entre el uso residencial y el de equipamiento, ya a propósito de la necesaria adopción de medidas que salvaguarden el primero frente a la generalización del segundo en determinados ámbitos de la ciudad de Bilbao.

<sup>30</sup> Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 27 de marzo de 2019, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje.

Está por ver la forma en la que, caso de formularse, serán resueltas las demandas de responsabilidad patrimonial por parte del Tribunal Supremo. O, dicho de otra forma, habrá de dilucidarse entonces si existían ya en los titulares de esas VUT un derecho subjetivo a la «*explotación*» en ese régimen del inmueble o, si por el contrario, nada obsta al planificador municipal para establecer exigencias adicionales que hagan que devenga imposible la continuación de la actividad económica en cuestión.

b) En segundo término, cabe aludir al papel que desarrolla el riesgo regulatorio en las modificaciones de las condiciones de ejercicio de las actividades económicas reguladas. Cabe incluir en este segundo apartado uno de los ejemplos más claros de cómo la alteración del régimen jurídico de una determinada actividad puede incidir decisivamente en el desarrollo de la misma por los operadores.

Se residencia aquí el cambio normativo que servirá de hilo conductor de los sucesivos Capítulos. Baste ahora recordar que la constatación de un notorio incremento del consumo de energía y de la intensidad energética llevó a incluir al Ejecutivo del momento dentro del Plan de Energías Renovables en España para el período 2005-2010 una serie de incentivos con el objetivo de mantener el compromiso de cubrir con fuentes renovables al menos el 12% del consumo total. Para ello -y en esencia- se posibilitaba que el titular de la instalación de energía renovable, cogeneración o residuos pudiese vender la energía producida a una tarifa regulada o directamente en el mercado, percibiendo no solo el precio negociado en el mercado sino también una prima que otorgase una «*rentabilidad razonable*» que se situaba en torno al 7%<sup>31</sup>.

La grave crisis económica y financiera, el desmesurado crecimiento del número de instalaciones de tecnología solar fotovoltaica y el cada vez más acuciante déficit tarifario del sistema eléctrico abocaron ya a partir del año 2010 a una serie de modificaciones legislativas tendentes a la disminución de la rentabilidad en cuestión<sup>32</sup>. Se trataba así de neutralizar el «*efecto llamada*» provocado por unas expectativas de rendimientos que, lejos de atender a una causa primordialmente ecológica, acabó atrayendo inversiones no solo de pequeños ahorradores o empresas nacionales sino también de grandes fondos de todo el mundo.

---

<sup>31</sup> El sistema se implementa básicamente a través de las modificaciones operadas en la entonces Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE1997) y los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica.

<sup>32</sup> Ello se inicia con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y se desarrolla esencialmente -entre otras normas de diverso rango- con los Reales Decretos-leyes 14/2010, de 23 de diciembre, 1/2012, de 27 de enero y 9/2013, de 12 de julio. Se consagra en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) y en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

De la respuesta dada a los inversores nacionales tanto por el Tribunal Supremo o el Constitucional como a los internacionales por las distintas Cortes de Arbitraje nos ocuparemos en apartados sucesivos, enfatizando para ello los distintos estándares de protección y las diferentes consecuencias jurídicas que a tales cambios regulatorios se anudan.

c) Finalmente, un tercer grupo de supuestos en los que juega el riesgo regulatorio puede ser el integrado por aquellas modificaciones de las condiciones de las inversiones ejecutadas con base en contratos administrativos celebrados con entidades del sector público.

En principio, los contratos -ya en el ámbito del Derecho Privado, ya en el del Derecho Público contractual- se rigen por el principio de "*lex contractu*" o de la vinculación recíproca de las partes a los pliegos de condiciones y al valor normativo de sus cláusulas, habiéndose de excluir una alteración unilateral que vaya más allá -en el caso del Derecho Público de los contratos- del "*ius variandi*" que como prerrogativa corresponde a la Administración o de otras técnicas para mantener el equilibrio financiero (como, por ejemplo, la constituida por las cláusulas de revisión de precios). Y ello al margen -claro está- de los supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible que también comportan acudir a fórmulas de reequilibrio contractual.

En todo caso, no está de más observar las referencias al riesgo operacional que se incluyen ya en nuestra legislación de contratos. Concretamente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), contempla en su artículo 14.4 la transferencia del riesgo operacional en relación con el contrato de concesión de obra. Así, el derecho de explotación de las obras habrá de implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras, comprensivo del riesgo de demanda, del de suministro o el de ambos. Se entenderá por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y por riesgo de suministro el referente al suministro de las obras o servicios objeto del mismo. De esta forma, el concesionario asumirá un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Cuestión distinta de esta específica previsión normativa sobre cómo distribuir el riesgo entre poder adjudicador y contratista es la referente a la eventual afectación de los contratos administrativos por los cambios normativos que durante su ejecución puedan producirse. SILVÁN OCHOA no excluye totalmente la posibilidad de «*aplicación retroactiva de nuevas previsiones legales a los contratos celebrados con anterioridad a un cambio sustancial en la interpretación jurisprudencial de aquel marco normativo*»<sup>33</sup>. Sucede no obstante que en estos casos podría reconducirse la modificación sustancial de las condiciones pactadas por la vía del restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

## **6. La respuesta de la Sala Tercera al riesgo regulatorio.**

### **6.1 Origen de la expresión.**

La primera ocasión en que se hace uso de la fórmula «*riesgo regulatorio*» por nuestros Tribunales es con ocasión de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 3ª) de 11 de junio de 2001 (rec. 117/2000). En la misma, de la que es Ponente el que años después fuera designado Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Manuel Campos Sánchez-Bordona, se conocía de la impugnación del Real Decreto 2066/1999, de 30 diciembre, por el que se aprobaban las tarifas eléctricas para el año 2000. La controversia giraba en torno a la inclusión, como un componente más de tales tarifas, de las partidas denominadas «*coste de la moratoria nuclear*» y «*costes de transición a la competencia*» o «*costes de transición al régimen de mercado competitivo*» (CTC). Afirma que «*el Estado no tenía obligación, en términos estrictamente jurídicos, de reconocer a las empresas eléctricas de generación el derecho a la compensación - CTC por el mero hecho de acometer la transición del sector eléctrico al mercado competitivo en el marco de aplicación de la Directiva 96/92/CE*». Así, los eventuales costes «*hundidos*», «*encallados*» o «*varados*» de las empresas eléctricas derivados del tránsito de una situación de monopolio geográficamente limitado y retribuido con tarifas que garantizaban a aquéllas una determinada tasa de rentabilidad, a otra situación de competencia y sujeta, consiguientemente, a ciertas limitaciones, representaban la lógica consecuencia del cambio legal del modelo regulatorio, siendo así que éste no había de generar en los afectados el derecho a recibir una compensación obligatoria por parte del Estado, máxime cuando la nueva situación seguía permitiendo a aquellas empresas proseguir su actividad aun en condiciones de mercado distintas.

---

<sup>33</sup> SILVÁN OCHOA, P., op. cit. Refiere al efecto, de una parte, la modificación de la jurisprudencia relativa a la valoración del suelo expropiado destinado a la construcción de infraestructuras. De otra, la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, en tanto que dispone que lo previsto en sus artículos 6 y 7 será aplicable a los «*contratos de concesión cualquiera que sea su fecha de adjudicación*».

Lo que trasluce este planteamiento inicial es el entendimiento de que los agentes del mercado tendrían un deber jurídico de soportar el daño originado por el cambio normativo, quedando desactivada con ello la apelación al principio de confianza legítima en tanto que fundamento de un hipotético derecho a la indemnización derivado del cambio de régimen jurídico. Se rechazaba de partida la existencia de un derecho a que se mantenga una situación normativa preexistente (máxime si ésta puede reputarse previsible) y se esgrimía la facultad legislativa de adaptar la regulación en función de las diversas opciones políticas que representen y hayan obtenido el refrendo de la voluntad general de los ciudadanos, consideraciones que resultarían especialmente aplicables a aquellos sectores económicos que disfrutaban de una posición previa inmune a las exigencias de la política de competencia.

## **6.2 Reafirmación de la doctrina y su proyección en el mercado de producción de energía eléctrica.**

Años más tarde y con el mismo Ponente, la Sala Tercera (Sección 3ª) dicta la Sentencia de 25 de octubre de 2006 (rec. 12/2005)<sup>34</sup>. Se recurrían entonces sendos preceptos del Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, de modificación del procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico. En particular, tales artículos alteraban el sistema de cálculo de las primas por las que se fomentaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. La Sentencia, tras señalar que ninguna infracción se aducía de los criterios dispuestos para determinar el régimen retributivo<sup>35</sup> y referir que solo se invocaba de forma genérica la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución (en relación a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe) o la arbitrariedad por ausencia de motivación, admite que *«las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a*

---

<sup>34</sup> Los razonamientos volverán a ser utilizados en idénticos términos en la Sentencia (Sección 3ª) de 20 de marzo de 2007 (rec. 11/2005), a propósito del recurso deducido frente al Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establecía la tarifa eléctrica para 2005; en la Sentencia (Sección 3ª) de 9 de octubre de 2007 (rec. 13/2006), con respecto al Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modificaban determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico; y en la Sentencia (Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2009 (rec. 152/2007), en relación con el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

<sup>35</sup> A tal respecto, había de estarse al artículo 30 LSE1997, en el que se regulaba el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. De acuerdo con el mismo, para la determinación de las primas había de tenerse en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria y la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. O, como precisaba el Preámbulo del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, *«una retribución razonable para sus inversiones»*.

los marcos reguladores de las actividades económicas». Sin embargo, seguidamente llama la atención sobre el hecho de que «*la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho*», razonamiento que hace extensivo al principio de confianza legítima.

Niega en definitiva a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios o la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas. Al contrario, razona que de la misma forma que en función de «*factores de política económica de muy diverso signo (relativos al fomento de las energías renovables pero también a la planificación de las redes de los sectores de electricidad, además de otras consideraciones de ahorro y eficiencia energética)*», las primas e incentivos para la producción de energía eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen.

A tal efecto, solo previene de una limitación cual sería la de que las variaciones se produzcan dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento y enfatiza que las empresas que se deciden implantar en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial han de conocer de antemano que en gran medida depende «*de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas*» y, consiguientemente, han de contar con el «*riesgo regulatorio*» que representa la eventual «*variación de los parámetros de las primas o incentivos*» que la LSE «*atempera*», pero que «*no excluye*» [F.D. 3º].

También se ha abordado el riesgo regulatorio a propósito del mercado de producción de energía eléctrica. Concretamente, en la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 29 de mayo de 2013 (rec. 193/2010)<sup>36</sup> se sienta el que en la actividad normativa y material de la Administración se ha de velar por el respeto a los derechos e intereses legítimos de los actores económicos si bien significando que «*éstos están sometidos a un indudable “riesgo regulatorio”, que debe contemplarse como un elemento más del riesgo empresarial y económico asociado a toda participación en un ámbito cualesquiera de la actividad económica*» [F.D. 7º].

---

<sup>36</sup> En relación con la reforma operada en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el citado mercado, primero por el Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro, y luego por el Real Decreto 1221/2010, de 1 de octubre.

### **6.3 Modificaciones en los incentivos a las energías renovables operadas en el año 2010.**

Como ya se anticipó, el sistema de incentivos a las energías renovables articulado sobre el marco del Plan de Energías Renovables para el período 2005-2010 por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005 se materializaba a través de la LSE1997 y los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007 para dicha tecnología. El objetivo de tales normas no era otro que el desarrollo de este régimen especial de generación eléctrica para lo que los incentivos dispuestos se orientaban a posibilitar el que el titular de la instalación pudiese vender la energía producida a una tarifa regulada o directamente en el mercado, percibiendo el precio negociado en el mercado más una prima.

Es a partir del año 2010 cuando se van a producir una serie de modificaciones legislativas encauzadas a disminuir la rentabilidad que se venía obteniendo con este tipo de instalaciones de generación eléctrica. La primera de ellas se llevó a cabo por Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Contra el mismo se promovieron más de cuarenta recursos contencioso-administrativos, resultando todos ellos desestimados<sup>37</sup>. Mas allá de las singularidades de cada caso, las consideraciones generales que resultan aplicables a la práctica totalidad de los referidos recursos aparecen condensadas en, entre otras, la Sentencia (Sección 3ª) de 12 de abril de 2012 (rec. 40/2011).

En síntesis y en lo que aquí interesa, el Real Decreto en cuestión, además de establecer una serie de requisitos técnicos adicionales, suprimió a partir del año vigésimo sexto la tarifa regulada aplicable a las instalaciones fotovoltaicas que, en los términos originarios del Real Decreto 661/2007, no parecía tener límite temporal alguno. A este respecto, cabe reseñar que aun cuando de tal forma quedó limitado el número de años según el cual las instalaciones tendrían derecho a prima, tanto el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se

---

<sup>37</sup> La impugnación se articuló ya de forma directa, ya de forma indirecta, pretendiendo en estos casos la anulación de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial; de la Orden ITC/688/2011, de 30 de marzo, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2011 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial; de la Orden ITC/1068/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial; y de la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, así como de los actos administrativos dictados en su ejecución.

establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, como la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), volvieron a modificar el Real Decreto 661/2007 ampliando el plazo de percepción de la tarifa regulada para las instalaciones fotovoltaicas del Subgrupo b.1.1 primero hasta los 28 y luego hasta 30 años.

Aludiendo a las distinción entre retroactividad propiamente dicha y retroactividad prohibida, además de a las nociones de retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o la atribución a la misma de los adjetivos de propia e impropia, rechaza la Sala Tercera el que se incardinan en la retroactividad prohibida *«las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso»*. Así, una medida normativa como la concernida, *«cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “hacia adelante”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con solo advertir que los efectos “reales” de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios»* [F.D. 3º]. En suma, solo sería retroactiva la norma si obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años.

También se descarta la afectación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Aprecia para ello el que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007. Aun más. Advierte que no solo era previsible sino que, tal y como se afirmó ulteriormente en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre<sup>38</sup>, la necesidad de la introducción de ciertos cambios en el marco regulatorio, con consecuencias directas en el régimen retributivo, había sido asumida por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración.

---

<sup>38</sup> Éste último, teniendo en cuenta el ritmo de crecimiento de las instalaciones fotovoltaicas y la especial incidencia que los desvíos en las previsiones de generación de esta fuente energética producían en el déficit tarifario, estableció una limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas si bien tratando de salvaguardar el *«principio de suficiencia de su retribución»* (Disposición Adicional Primera).

Colige de lo anterior que «*si los operadores que actúan en régimen de libre mercado (organizado o por contratos bilaterales) habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda y la reducción de sus horas de funcionamiento, en especial los de ciertas centrales de generación, no había razones para que, de modo “simétrico”, los productores de régimen especial, favorecidos respecto de aquéllos en cuanto tenían asegurada la venta de la energía producida, a precio regulado, mediante su entrada preferente en el sistema, resultasen inmunes al cambio de circunstancias*». Significa además el que ésta fue la tendencia generalizada en el año 2010 en la Unión Europea, ajustándose los incentivos para mitigar su excesiva incidencia, siendo así que la desaparición de la tarifa regulada a partir del trigésimo año podía considerarse, al menos, como previsible, máxime cuando ni siquiera quedaba demostrado que la reducción de aquél período temporal implicase que, en el momento de su plena efectividad (esto es, dentro de 30 años), los titulares de las instalaciones fotovoltaicas iban a sufrir perjuicios reales [F.D. 5º].

En definitiva, bien puede afirmarse que en las impugnaciones seguidas respecto del Real Decreto 1565/2010 se ha mantenido que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no obstaban a que el titular de la potestad reglamentaria (dentro del respeto al límite de la «*rentabilidad razonable*» fijado por la LSE) introdujera determinadas modificaciones en el régimen retributivo previsto por el Real Decreto 661/2007. Por su parte, en aquellas Sentencias que han conocido de recursos contra el Real Decreto-ley 14/2010, se confirmó que los mentados principios no impedían al titular de la potestad legislativa adoptar medidas de orden general que incidieran también en aquél régimen retributivo.

#### **6.4 Modificaciones en los incentivos a las renovables operadas a partir del año 2013.**

De interés resulta la dinámica de formulación de Votos particulares en la Sección 3ª de la Sala Tercera que se inicia con la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (rec. 118/2013)<sup>39</sup>. Si bien es cierto que la discrepancia se circunscribe a discernir si se aplica de forma retroactiva el método de actualización o revalorización que se instituye, se postula por el Magistrado disidente el que debió plantearse cuestión de inconstitucionalidad ante la posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. El objeto del recurso venía dado por la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. En lo que ahora interesa, se impugnaban los efectos en los costes del sistema de las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2013, de

---

<sup>39</sup> Los razonamientos de la Sentencia y del Voto particular se reproducen en las ulteriores Sentencias de 17 de marzo de 2015 (rec. 115/2013 y 127/2013), de 18 de marzo de 2015 (rec. 123/2013) y de 1 de abril de 2015 (rec. 78/2013).

1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, por el que se adoptan medidas de ajuste en determinados costes del sistema eléctrico, en lo relativo a la sustitución del Índice de Precios de Consumo por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos.

Justificaba en su Preámbulo el citado Real Decreto-ley 2/2013 que se pretendía evitar la sobre-retribución de determinadas instalaciones de régimen especial, a lo que podría también contribuir el mantener inalterada una determinada metodología de actualización ligada a la evolución del IPC y en virtud de la cual, por ejemplo, el incremento de un tributo provocaría, a su vez, incrementos en las retribuciones reguladas cuyos costes no están directamente relacionados con la imposición directa sobre el consumo.

Parte la Sala de que tanto el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2013 como el artículo 8.2 de la Orden IET/221/2013 representan normas claras que no pueden generar dudas en sus destinatarios sobre sus efectos, los presupuestos de hecho a los que se aplica o sus consecuencias jurídicas, esto es, *«ni desde la vertiente objetiva ni desde la subjetiva existen sombras de incertidumbre o falta de certeza acerca de su contenido y alcance»* [F.D. 9º]. Además de previsible, se significa que la medida en cuestión tenía un alcance limitado toda vez que las diferencias entre los dos IPC (aun contribuyendo a la superación del déficit tarifario) no eran especialmente significativas. A tal efecto, reitera la doctrina legal sobre los cambios regulatorios vistos desde la perspectiva estrictamente jurídica, *«que no puede confundirse con su juicio de oportunidad político o económico, o con las críticas que de ellos puedan formularse en cuanto factores más o menos desincentivadores de la inversión»* [F.D. 10º]. Y enfatiza que en los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en los intereses generales (como es el caso de la actividad de producción de energía eléctrica), se está ante un *«sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares»*, siendo así que *«la realidad de estos sistemas regulatorios complejos hace totalmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de una permanencia o inalterabilidad en el tiempo so riesgo de vulneración de los principios invocados. Antes al contrario, la protección de los intereses generales obliga a los poderes públicos en defensa de los mismos, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica»* [F.D. 10º].

Pero sin duda el aspecto más sensible de la Sentencia es el atinente a si la medida incidía sobre derechos ya consolidados o sobre las expectativas de actualización conforme a un determinado IPC. A diferencia de lo que se fundamentaba en recursos precedentes, se admitía por la parte recurrente la validez de una normativa aplicable a efectos futuros de situaciones

nacidas al amparo de la normativa anterior, esto es, no se cuestionaba la revalorización conforme al nuevo índice a partir de la fecha de publicación del Real Decreto-ley 2/2013 y pese a su aplicación a las retribuciones de instalaciones que anteriormente disfrutaban del régimen de actualización establecido en el Real Decreto 661/2007. La censura se circunscribía al período que se extendía desde el 1 de enero y hasta el 2 de febrero de 2013, o lo que es lo mismo, el comprendido entre la publicación y entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Descartando el parificar la noción de «derechos individuales» del artículo 9.3 de la Constitución con las meras expectativas de situaciones en curso de consolidación, y aun admitiendo a los solos efectos dialécticos el que los titulares de instalaciones de producción de energía renovable tuvieran tal derecho individual a percibir la retribución regulada, postula que la cuantificación precisa de ésta no se produce, para cada período (que puede ser trimestral, semestral o anual), sino cuando el titular de la potestad reglamentaria aprueba la Orden correspondiente (artículo 44 del Real Decreto 661/2007). De esta forma, hasta ese momento gozan de la expectativa de que su retribución se vea actualizada conforme a un determinado índice de revalorización (que puede ser el IPC o el IPC subyacente), pero no han incorporado aún el derecho a la cantidad actualizada.

La proyección de lo anterior al supuesto examinado lleva a la Sala Tercera a entender que, para el año 2013, *«antes del Real Decreto-ley 2/2013, ninguna Orden Ministerial había establecido aún el importe de la retribución actualizada, lo que precisamente llevará a cabo la Orden IET/221/2013 a partir de 1 de enero de 2013. Hasta entonces lo que podría subsistir como "derecho" incorporado al patrimonio de sus destinatarios era tan sólo el correspondiente a las concretas tarifas y primas del año 2012, que habían agotado su eficacia a 31 de diciembre de 2012. No existía, en suma, una situación "agotada", "consolidada", "perfeccionada" o "patrimonializada" -por emplear los adjetivos usualmente utilizados a estos efectos en la jurisprudencia- que haya sido revertida in peius con efecto retroactivo»* [F.D. 12º]. Los titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial tenían la expectativa de que en el año 2013 se produciría una revalorización de aquellas tarifas y primas, pero no aún el derecho a percibir la actualización en un determinado porcentaje, derecho que sólo se concretó con la Orden en cuestión. Llega a admitir a este respecto el que *«el retraso -de pocos días- en la aprobación y publicación de la Orden de peajes y tarifas respecto a la fecha a la que se retrotraen sus efectos no es, obviamente, deseable pero tampoco era desconocido en el sector»* [F.D. 12º]

En fin, en la consideración de que no había ninguna medida de reintegro de retribuciones ya percibidas sino un mero ajuste de las que ni se habían concretado ni podían aun haberlo sido, quedaba rechazada la retroactividad suscitada.

Frente a lo anterior, se alza el Voto particular del Magistrado Sr. Calvo Rojas, quien se decanta por considerar que el cambio en el método de actualización operó retroactivamente respecto de los efectos producidos desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2013, con la consiguiente vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Interpreta así que la revisión de peajes y tarifas había operado hacia el pasado y con ello afectó a períodos de tiempo ya vencidos. Colige que las sucesivas Ordenes Ministeriales que establecen los peajes de acceso y la actualización de tarifas y primas no vienen referidas a un ejercicio en concreto o períodos de tiempo acotados sino que se articulan de forma indefinida. Con ello, *«a comienzos del año 2013 el régimen de actualización de primas y tarifas seguía siendo el previsto en la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, que venía rigiendo desde el 1 de abril de 2012. Y siendo ello así, la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, dictada en cumplimiento del Real Decreto-ley 2/2013, introduce la modificación en el régimen de actualización con efectos desde el 1 de enero de 2013»*. Interpreta que *«esa vocación retroactiva de la norma afecta no sólo a meras expectativas sino a derechos ya consolidados, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la contratación se perfecciona “cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica”, de manera que, por lo que se refiere al suministro realizado durante el mes de enero y los primeros días de febrero de 2013 existía un derecho consolidado a la correspondiente contraprestación que debería ser cuantificada (liquidada) con arreglo al régimen normativo vigente en ese período»*.

Finalmente, a lo anterior no empecía la falta de materialización de la contraprestación por falta de liquidación pues lo único decisivo es el devengo derivado de un suministro que ya ha tenido lugar, ostentando la liquidación *«un carácter meramente declarativo, nunca constitutivo»*.

#### **6.5 Modificación materializada a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.**

La discrepancia expresada a propósito de la irretroactividad con ocasión de la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, se reproducirá con el nuevo régimen retributivo introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, y

completado por la LSE. Deroga el primero el régimen primado establecido por el Real Decreto 661/2007, pasando a establecerse un nuevo régimen económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Éste aparece caracterizado, en lo esencial y en lo que ahora interesa, por estas notas<sup>40</sup>:

-De una parte, la retribución por la venta de la energía generada será valorada al precio del mercado. Sin embargo, podrá complementarse con una retribución específica que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. Vendrá compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una «*instalación tipo*» que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo. En orden al cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada: a) los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción; b) los costes estándar de explotación; y c) el valor estándar de la inversión inicial.

-De otra, se produce la alteración de qué debe entenderse por «*rentabilidad razonable*» en relación con lo que se preveía en el artículo 30 LSE por cuanto pasaba a girar «*antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado*» (artículo 1 Dos del Real Decreto-ley 9/2013). Consiguientemente, se veía sustancialmente reducida respecto de la del régimen precedente.

La Disposición Final Segunda del Real Decreto-ley 9/2013 remitía al desarrollo por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo y a través de Real Decreto, del régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada que modificara el modelo retributivo de las instalaciones existentes. Tal modelo había de ajustarse a los criterios previstos en el artículo 30 LSE1997 introducidos por el Real Decreto-ley y resultaba de aplicación desde la entrada en vigor del mismo.

---

<sup>40</sup> Sobre tal particular, ha de estarse al artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2013 en cuanto modifica el artículo 30.4 LSE1997.

El desarrollo reglamentario en cuestión se materializó -siguiendo los elementos básicos configurados por las normas legales referidas- a través del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, además de por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Tales normas reglamentarias vinieron así a configurar el cálculo de la retribución específica sobre parámetros estándar (costes de explotación y valor de la inversión) en función de las «instalaciones tipo», o han proyectado el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones y a lo largo de toda su «vida útil regulatoria» (con el límite de no tener que devolver las retribuciones ya percibidas que superasen la rentabilidad razonable fijada para cada una de las instalaciones tipo).

Pues bien, las mismas han sido objeto de múltiples impugnaciones ante la Sala Tercera, la cual, si bien con los Votos particulares que seguidamente se expresarán, ha venido desestimando sistemáticamente los distintos recursos contencioso-administrativos formulados. En tal sentido, la Sentencia (Sección 3ª) de 10 de junio de 2016 (rec. 554/2014)<sup>41</sup> rechaza la vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima.

a) En lo que respecta a la pretendida infracción del principio de irretroactividad, se rebate la tesis de la actora de acuerdo con la cual la regulación proyecta sus efectos hacia el pasado pues el cálculo de la rentabilidad razonable atiende a los costes de la inversión y a la vida útil de la instalación. Ello implicaría «regular hacia atrás» al tener en cuenta las primas ya recibidas, abocando a un supuesto de retroactividad prohibida en el que la retribución cobrada en el pasado mermaría la del futuro habida cuenta de su condición de entrega a cuenta. Se llegaba a apuntar que, en el caso de algunas instalaciones eólicas (que ya habrían percibido más que la rentabilidad razonable prevista en el Real Decreto), se tendría que llegar a devolver lo cobrado de más. Invocando la STC 270/2015, de 17 de diciembre, recuerda que a partir de la vigencia del Real Decreto-ley 9/2013 los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado pasan a estar sujetos al nuevo régimen retributivo si bien la cuantificación precisa de dicha retribución no se produce hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del

---

<sup>41</sup> Idénticos razonamientos se contienen, entre otras, en las Sentencias (Sección 3ª) de 15 de junio de 2016 (rec. 532/2014), de 13 de julio de 2016 (rec. 544/2014), de 19 de julio de 2016 (rec. 548/2014), de 27 de septiembre de 2016 (rec. 552/2014), de 21 de diciembre de 2016 (rec. 706/2014) y 19 de junio de 2017 (rec. 700/2014).

destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. Destaca así el que no se trataría, pues, de una retroactividad prohibida *ex* artículo 9.3 de la Constitución toda vez que no integrarían «*relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos*» [F.D. 5º].

Al hilo de lo anterior, precisa que el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, «*carece de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en el sentido de que no anula, ni modifica ni revisa las retribuciones pasadas, percibidas por los titulares de instalaciones de energía renovables bajo la vigencia del régimen del Real Decreto 661/2007*» [F.D. 5º]. Sin embargo, al tiempo que admite que para el cálculo de la rentabilidad razonable se han de tomar en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, interpreta que ello solo implica que el cálculo de la rentabilidad razonable se calcula sobre toda la «*vida útil regulatoria*» pero sin devolver cantidades anteriormente percibidas.

De esta forma, aun cuando la modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incida en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, solo vincula al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, sin afectación alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Y razona que postular lo contrario supondría petrificar el régimen retributivo existente, reconociendo el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también para el futuro al negar al legislador la posibilidad de establecer una rentabilidad global distinta para estas instalaciones a lo largo de toda su vida útil que se separase de aquella que ya venían percibiendo. Nada obsta a tener en cuenta las retribuciones ya percibidas desde el comienzo del funcionamiento de la actividad a los efectos de calcular las retribuciones futuras que tienen derecho a percibir al margen del mercado.

En lo demás, rechaza el planteamiento de que la retribución cobrada a modo de «*pago a cuenta*» en el lapso temporal comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 (el 14 de julio de 2013) y la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo haya de ser objeto de devolución. Así las cosas, el organismo encargado de la liquidación había de seguir abonando hasta la citada aprobación, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de la retribución que les correspondería no se produjese hasta la aprobación de la norma reglamentaria y sin que dicha sujeción conllevase una afectación desfavorable de los derechos

adquiridos desde una perspectiva constitucional al no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

Y, en última instancia, también rebate el que eventualmente pudiera darse el caso de que algunas instalaciones tuviesen que devolver lo «cobrado de más», circunstancia ésta que sí que integraría un supuesto de retroactividad prohibida. Tal devolución no podría producirse por cuanto lo impide de forma expresa la Disposición Final Tercera 4º LSE, al disponer que «*en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constatare que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad*» (esto es, la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria de la instalación).

b) Por lo que se refiere a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, al margen de remitir a pronunciamientos precedentes sobre la doctrina que en torno al riesgo regulatorio se ha venido desarrollando, advierte que ni existe o, al menos, no se invoca en la demanda, «*ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido por la Administración a los recurrentes, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente en el momento de inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables*» [F.D. 6º].

Abunda en ello afirmando que ni el ordenamiento vigente en aquél momento ni la ponderación de las circunstancias económicas y financieras por las que atravesaba el sector eléctrico permitían tener la creencia racional y fundada de que el régimen retributivo de la energía eléctrica producida no podía resultar alterado en el futuro, máxime cuando ninguna disposición del Real Decreto 661/2007 garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

Antes al contrario, valora que la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacían necesario acometer ajustes en este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. De esta forma, la modificación del régimen retributivo no podía ser catalogada como imprevisible para un «*operador económico prudente y diligente*» ante la evidente necesidad de reducir el déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico y que no resultaba suficientemente atajado con disposiciones anteriores.

Las Sentencias dictadas por la Sala Tercera a propósito del marco retributivo establecido a partir del Real Decreto-ley 9/2013 y en las que, como ha quedado expuesto, resultan impugnadas las disposiciones reglamentarias que lo configuran (Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y Orden IET/1045/2014, de 16 de junio) cuentan, en función de la configuración de la Sección que conocía (Sección 3ª), con uno o dos votos particulares (suscritos, de un lado, por los Magistrados Sr. Calvo Rojas y Sra. Perelló Domenech y, de otro, por el Sr. Espín Templado)<sup>42</sup>.

En lo que hace al primero de tales Votos particulares, el elaborado por el Magistrado Sr. Calvo Rojas y al que se adhiere la Sra. Perelló Domenech, no comparte los razonamientos expresados por la mayoría de la Sección en lo relativo a la eficacia retroactiva de la normativa impugnada y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, sosteniendo que tales disposiciones hubieron de ser declaradas nulas por incurrir en retroactividad ilícita y al haber infringido tales principios.

-En cuanto a la retroactividad prohibida que se predica, interpreta que se pretende *«reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto que los historiadores denominan “presentismo”, que consiste en juzgar el pasado con arreglo a información -o, como en este caso, con arreglo a una normativa- que no existía entonces»*. Concluye así que la regulación reglamentaria concernida tiene la decidida voluntad de operar retroactivamente toda vez que la eficacia de la reforma también se proyecta hacia atrás.

-Por lo que se refiere a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, se muestra especialmente categórico en su crítica al contenido de la Sentencia. Parte para ello de distinguir la intensidad de la reforma operada en 2010 a la que tiene lugar en el 2013, la cual comporta un *«cambio global del sistema»*, pese a lo cual no se contempla *«régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre las instalaciones que existían con anterioridad»*. Pero lo que es más relevante, niega que el drástico cambio regulatorio fuese previsible, afirmando que *«el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente*

---

<sup>42</sup> ARAUJO BARCELÓ, A., *«Los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el nuevo régimen aplicable a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables: ¿dónde quedan los límites al riesgo regulatorio?»*, Actualidad Administrativa, (10), octubre 2016. Precisamente con apoyo en los fundamentos de tales Votos particulares se apunta al *«notable descrédito de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima como límites al riesgo regulatorio asumido por los inversores, siendo ahora más complicado que nunca saber dónde quedan esos límites y en qué supuestos se puede tener alguna certeza de que se harán efectivos»*.

gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales» y que sí infringe los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Así las cosas, ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos podía colegirse que se iba a producir «una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la cogeneración», añadiendo que «menos previsible aún es que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo» aludido, «en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria».

Llama igualmente la atención sobre el período de casi un año comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 y la aprobación de las normas reglamentarias. Ello por cuanto antes de aquél comienzo de vigencia las empresas tuvieron que decidir si continuaban o no la actividad de cada instalación sin conocer a qué régimen jurídico iban a quedar sometida ésta, y dado que en aquel momento no era previsible que las normas reglamentarias de desarrollo vendrían a establecer una regulación con las características y el alcance retroactivo descrito, «no es aventurado suponer que algunas o muchas de las empresas habrían procedido de un modo distinto, o incluso habrían decidido suspender su actividad, de haber conocido entonces que iban a quedar sujetas, también para ese período de intermedio de incertidumbre, a un régimen retributivo como el que luego establecerían el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio».

En consecuencia, «no resulta fácil imaginar una vulneración más palmaria del principio de seguridad jurídica que la que consiste en abocar a un sector económico tan altamente regulado como éste -producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos- a adoptar decisiones empresariales de considerable entidad, incluso la propia continuidad en el ejercicio de la actividad, sin conocer el régimen jurídico y económico que les va a ser de aplicación». Y se contraviene, además, el principio de confianza legítima cuando, al menos para tal período intermedio, no se establece un régimen jurídico de transición que atenúase el rigor y la falta de seguridad que supone para las empresas el haber tenido que operar durante ese primer año en una situación de total ignorancia sobre la normativa que les iba a resultar de aplicación y, en definitiva, sobre la retribución que iban a percibir.

En cuanto al Voto particular suscrito por el Magistrado Sr. Espín Templado, reseña que se habría dado plena prevalencia a consideraciones generales ajenas a la estricta interpretación de las normas en juego, como el interés del sistema eléctrico o la congruencia interior del nuevo sistema (consideraciones que había que tener presentes), por encima del interés legítimo de los sujetos del sistema que han operado en el mismo de conformidad con la regulación que el legislador había puesto en marcha y que ha modificado luego de forma drástica.

Postula que la aplicación de una retroactividad de grado máximo, pese a que no era exigida por el Real Decreto-ley 9/2013, implica vulnerar con claridad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Ello por cuanto la retribución de las instalaciones no se ajusta al nuevo sistema a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, sino que se aplica desde que las instalaciones comenzaron su vida regulatoria, prescindiendo por completo del sistema y criterios a los que había respondido la retribución anterior a dicha entrada en vigor, la cual es tratada en puridad como un pasado que no hubiera existido.

Significa que tal aplicación retroactiva difiere de lo acaecido en ocasiones anteriores y que ha sido convalidado por la Sala Tercera de forma unánime. Alude con ello a la rebaja de las primas, a la disminución de horas primadas y otras modificaciones del sistema retributivo en vigor que ni alteraban éste de manera esencial ni se proyectaban al pasado, como en el caso de que se modificasen parámetros retributivos en el curso de un ejercicio aun no culminado (en este supuesto, con algún Voto particular en las Sentencias más recientes).

En suma, aun admitiendo que el Real Decreto-ley 9/2013 no incurre en inconstitucionalidad (así lo declara la STC 270/2015, de 17 de diciembre), el enjuiciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional se circunscribía al examen de los vicios de inconstitucionalidad de la norma, siendo éste distinto del examen de la legalidad que al Tribunal Supremo compete y que debe compadecerse con los mentados principios de seguridad jurídica y confianza legítima, los cuales habrían sido desconocidos por la interpretación mayoritaria.

## **6.6 Riesgo regulatorio en el sector de las telecomunicaciones.**

En tanto que sector regulado, la doctrina legal sobre el riesgo regulatorio se ha extendido también al de las telecomunicaciones. Así, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 13 junio de 2017 (rec. 3842/2014) desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª) de 28 de julio de 2014, desestimatoria del recurso promovido contra la Resolución del Consejo de

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de mayo de 2012 por la que se aprobaba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Interpretaba la recurrente que la nueva metodología y la consiguiente reducción de los precios del servicio de terminación de llamadas en redes móviles suponía un cambio radical de negocio con una disminución del 75% de dichos precios en poco más de un año (frente a un período de diez años para una disminución similar en la anterior etapa). Considera que aunque la Recomendación de la Comisión Europea era de 2009<sup>43</sup>, nadie podría haber anticipado razonablemente que no se iban a contemplar las circunstancias específicas de España ni que el plazo para una reducción tan drástica iba a ser sólo de un año. Asimismo, insiste en la novedad del modelo frente a lo actuado con anterioridad y a la esperanza razonable en la continuidad de la regulación anterior y en la brevedad del plazo.

Todas estas razones son rechazadas por la Sala Tercera, remitiendo a su jurisprudencia sobre la facultad tanto del legislador como de la Administración en cuanto a sus respectivas potestades normativas para modificar la regulación de un sector económico, la cual *«se integra en lo que ha venido a denominarse el riesgo regulatorio»*. Sobre tal base, *«ni las modificaciones del modelo para determinar los precios del servicio controvertido, ni su afección a las inversiones y a su recuperación ni, en fin, la brevedad del plazo establecido, pueden considerarse que vulneran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima»*.

A lo anterior añade el que *«la aprobación del nuevo modelo entra de lleno, en efecto, en la citada capacidad de modificación regulatoria. Y la diferencia con el anterior sistema de determinación de precios está suficientemente justificada en los términos ya vistos como para descartar que el modelo pueda ser calificado como de arbitrario o irrazonable. En cuanto a la brevedad del plazo no puede olvidarse ni el dato reconocido por la propia recurrente de que la Recomendación data de una fecha muy anterior (2009), ni tampoco el hecho de que el modelo se está implementando simultáneamente en el resto de países de la Unión Europea, de forma que la fecha para alcanzar el precio objetivo en nuestro país coincide con la prevista en Italia y sólo la del Reino Unido es posterior en nueve meses»* [F.D. 4º].

---

<sup>43</sup> Recomendación de la Comisión Europea de 7 de mayo de 2009, relativa a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *«ex ante»*.

## 7. La doctrina del Tribunal Constitucional en torno al riesgo regulatorio.

Pese a que su creación y elaboración -en la forma que se acaba de desarrollarse- corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lógicamente, el riesgo regulatorio no ha resultado ajeno a la doctrina constitucional (fundamentalmente, con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad deducidos contra normas con rango de ley por las que se operaban determinadas modificaciones en regímenes jurídicos sujetos a un cierto grado de intervención administrativa). En particular, el supremo intérprete de la Constitución ha abordado la incidencia del mismo a raíz de la reforma sobre los incentivos a las energías renovables llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>44</sup>. Ello ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 270/2015, de 17 de diciembre, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Resulta especialmente destacable el que en ella se formula Voto particular por el Magistrado Sr. Xiol Ríos, al que se adhieren la Sra. Asua Batarrita y el Sr. Valdés Dal-Ré<sup>45</sup>.

Prescindiendo de las consideraciones que se efectúan a propósito del presupuesto habilitante para la operatividad del Real Decreto-ley, y centrando el examen tanto en las alegadas vulneraciones de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima como en la infracción de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, cabe destacar los siguientes planteamientos:

a) En primer lugar, circunscribe el ámbito del principio de seguridad jurídica a la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación del Derecho. Sobre tal base, considera que los preceptos impugnados no generan confusión o incertidumbre en su aplicación, contando con «*un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados*» [F.D. 7º a)].

b) En segundo término, por lo que se refiere al principio de confianza legítima en cuanto corolario del de seguridad jurídica, lo reputa compatible con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2013, máxime si se tiene en cuenta que se trata de «*un ámbito sujeto a un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses*

---

<sup>44</sup> Por Resolución de 17 de julio de 2013, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del acuerdo de convalidación.

<sup>45</sup> Los razonamientos contenidos en la misma se reproducen en las ulteriores SSTC 19/2016, de 4 de febrero (recurso deducido por el Parlamento de Navarra); 29/2016, de 18 de febrero (interpuesto Gobierno de Navarra); 30/2016, de 18 de febrero (formulado por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados); 42/2016, de 3 marzo (Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía) y 61/2016, de 17 de marzo (Junta de Extremadura).

generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica» [F.D. 7º a)]. Asevera que el principio de confianza legítima «no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes», más aún teniendo en cuenta las dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Y rechaza así un derecho de los actores económicos a que la regulación permanezca inmutable, resultando compatible la estabilidad regulatoria con cambios legislativos, siempre que éstos «sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general» [F.D. 7º a)].

c) En tercer lugar, a partir de lo anterior, analiza la entidad y previsibilidad de la modificación para, de tal forma, enmarcarla en las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución, con las que contaba el legislador. Rechaza el que la reforma pudiese considerarse inesperada teniendo en cuenta la necesidad de acometer ajustes en el marco normativo por mor de las «dificiles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema». A tal efecto, precisa que la modificación del régimen retributivo no era imprevisible para un «operador económico prudente y diligente» en atención a la necesidad de atajar el déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico, significando que así aparecía debidamente justificado en el Preámbulo de la norma al reseñar que su objeto era evitar la sobre-retribución de determinadas instalaciones de régimen especial.

d) En cuarto término, descarta la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad *ex* artículo 9.3 de la Constitución por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (rentabilidad razonable y empresa eficiente o bien gestionada), entendiendo colmada la exigencia de certidumbre de la norma que excluye su excesiva indeterminación o apertura [F.D. 7 b)].

e) En quinto lugar, significa, con respecto a la alegada retroactividad, el que la regulación impugnada se limita a establecer los principios del nuevo régimen retributivo de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya concreción se derivaba a un ulterior desarrollo reglamentario. Eso sí, advierte que el Real Decreto-ley 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Disposición Final Décima) si bien sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplicaron a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014, produciéndose lo que da en llamar «una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo».

Destaca que la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto-ley 9/2013 prevé, con carácter transitorio y hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo, que las instalaciones existentes reciban los pagos procedentes de «liquidaciones a cuenta» del nuevo sistema, emitidas al amparo de tal régimen transitorio. La finalidad de todo ello era el mantener los flujos retributivos de las instalaciones, evitando los perjuicios que hubieran causado la demora en el desarrollo reglamentario, de forma tal que una vez aprobadas las disposiciones normativas necesarias para la aplicación definitiva del nuevo régimen retributivo, se procediera a practicar una regularización correspondiente por los derechos de cobro o, en su caso, las obligaciones de pago resultantes de la aplicación del vigente sistema retributivo, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013 (Disposición Final Segunda).

Consecuencia de todo ello es que no se trataría sino de un caso de retroactividad impropia, que incida en situaciones no concluidas, resultando que el que los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado quedaran pendientes de la cuantificación precisa de la retribución no implicaba una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, o dicho de otra forma, no incidía «*en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas*» [F.D. 7 c)]. No integraba, pues, un supuesto de retroactividad prohibida al no tratarse de una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni de una regulación que afectara a una situación agotada, consolidada, perfeccionada o patrimonializada que hubiese sido revertida “*in peius*” con efecto retroactivo.

Pero, más allá de tales razonamientos, singular interés presenta el Voto particular que se formula. Centra éste su discrepancia no en el Fallo (cuyo sentido comparte), sino en la fundamentación jurídica relativa a la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima respecto de la modificación del régimen de incentivos a las energías renovables. La crítica principal se sitúa en la insuficiencia ya de los argumentos ofrecidos, ya del análisis desarrollado para resolver la invocación del principio de confianza legítima.

El punto de partida para alcanzar tal conclusión son las circunstancias que detecta en la materia objeto de análisis y que defiende debían haber llevado a la opinión mayoritaria a afrontar de una manera más sistemática y amplia una resolución que reputa de gran relevancia social por su alcance jurídico y económico. Atiende para ello a tres aspectos:

-El devenir normativo en que se ha visto inmersa la regulación de las energías renovables y la controversia que ha suscitado entre los diferentes operadores jurídicos el respeto al principio de confianza legítima.

-La circunstancia de que hasta ese momento (y también hasta el actual) el Tribunal Constitucional no había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, existiendo unas expectativas razonables en los operadores jurídicos y económicos en que se aportara una sólida respuesta constitucional a esta cuestión.

-La existencia de un buen número litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros frente a estos cambios normativos ante Cortes internacionales de arbitraje por la infracción del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parecía especialmente necesaria.

En suma, lo que en realidad se postula es el abordaje del concepto y extensión del principio de confianza legítima en un análisis que, trascendiendo al supuesto objeto de examen, permita equipararse a los esfuerzos dialécticos ya ofrecidos por el Tribunal Supremo<sup>46</sup>, además de dar respuesta al *«muy destacado y amplio tratamiento que la doctrina científica ha dedicado a esta cuestión como indicador de su relevancia jurídica y económica»*.

Sobre tal base, y pese a las carencias detectadas, concluye que el análisis y ponderación de los elementos en concurso habrían llevado igualmente a la ausencia de infracción del principio de confianza legítima apreciada por el Tribunal. Funda tal afirmación en lo que sigue:

i) El análisis a efectuar debe quedar limitado a las concretas medidas dispuestas en el Real Decreto-ley 9/2013 y en el contexto normativo y económico en que se adoptaron sin que, *«más allá de una necesaria perspectiva diacrónica, pueda retrotraerse a otros hitos normativos que han incidido de manera relevante en el sistema de incentivos»*. Rechaza así efectuar el enjuiciamiento a partir de todo el devenir de modificaciones legislativas sufridas por la LSE en esa particular materia ni los avatares producidos en la normativa infralegal de desarrollo de las previsiones legales.

---

<sup>46</sup> Cita expresamente a la Sentencia (Sección 3ª) de 12 de abril de 2012 (rec. 40/2011).

ii) No puede obviarse el que normativa recurrida traía causa de *«la necesidad de satisfacer un interés público superior»*. A pesar de ello, sostiene que se habrían mantenido esencialmente *«las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales»*. Y descarta también la catalogación como expectativa legítima amparada en la confianza legítima *«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»*.

iii) Rebate, en atención a las diferentes circunstancias concurrentes (incluyendo la evolución de la situación económica general y la del sector eléctrico en particular), la consideración de la modificación como imprevisible para un operador económico prudente. Admite la heterogeneidad de los inversores y la dificultad de establecer un concepto de operador económico estándar a partir del cual hacer una ponderación sobre su nivel de diligencia o prudencia inversora. Sin embargo, advierte que el carácter abstracto del control de constitucionalidad a desarrollar en el proceso constitucional no permite atender en la valoración que efectúa del nivel de diligencia a otros aspectos objetivos que no sean aquellos que resulten los propios del sector eléctrico y la naturaleza de las medidas que fueron objeto de modificación.

iv) Finalmente, se llega a indicar que aun cuando la nueva normativa modificaba el sistema de incentivos a las renovables, no quedaban desatendidas las expectativas de los operadores económicos. Alude con ello a que se mantenían aspectos esenciales vinculados a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados en orden a garantizar la consecución de unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales (el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando un diferencial adecuado). A lo anterior se añadía la circunstancia de incluir una previsión en relación con las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, en que se concretaba que esa rentabilidad giraba *«antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente Real decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de la revisión prevista en el último párrafo del citado artículo»* (Disposición Adicional Primera).

## **8. Valoración del sentido del riesgo regulatorio en nuestra doctrina legal y constitucional.**

Como ha quedado señalado, al concepto de riesgo regulatorio solo puede atribuírsele en nuestra realidad jurídica un origen jurisprudencial, ajeno, por tanto, a toda previsión normativa. Se ha visto así al mismo como una «*extraña técnica*» llamada a «*destruir conceptos*» y a través de la cual «*es la propia jurisprudencia la que asesta un golpe sorpresivo a quien venía confiando en la legislación*»<sup>47</sup>. En definitiva, una injerencia de la jurisdicción en los dominios del legislador.

Es cierto que la labor que la doctrina legal y constitucional ha desarrollado en torno a tal noción -y que en lo sustancial ha quedado expuesta- ha permitido dar respuesta a complejos problemas jurídicos con un singular trasfondo económico que no debe ser ignorado. Las ortodoxas formulaciones dogmáticas de los principios constitucionales concernidos han otorgado el aval que precisaban determinados cambios inopinados y sustanciales producidos en la regulación de concretas medidas de fomento. Sin embargo, entre la inmutabilidad de las normas o la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico de una parte, y la absoluta inestabilidad e impredecibilidad del régimen jurídico aplicable de otra, debe hallarse el justo término medio.

La sistematización de los diferentes elementos que operan en la configuración del riesgo regulatorio y los factores que han de presidir su desenvolvimiento permite afirmar cuanto sigue:

a) El hábitat en el que puede desarrollarse el riesgo regulatorio tiene que estar sujeto de una forma más o menos intensa a la intervención o regulación administrativa. Sólo en tales ámbitos la actuación de los poderes públicos puede influir decisivamente en la esfera jurídica de los administrados y, por ende, condicionar sus expectativas<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> SORIANO GARCÍA, J.E., «*Hacia la recuperación del principio de confianza legítima*», Lupicinio Abogados Newsletter, julio 2016. Disponible en: <https://www.lupicinio.com/hacia-la-recuperacion-del-principio-de-confianza-legitima/> [Última visita 31/7/22].

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ BAJÓN, S., op. cit., pág. 199. Reseña que «*Las empresas y entidades que van a desarrollar su actividad en esos sectores económicos conocen o deberían conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad, en el sentido de que existe una regulación sometida a cambios según las circunstancias imperantes y los objetivos identificados en el marco regulador. Entiendo que este conocimiento debe producirse bajo condiciones razonables, es decir, que debe ser asequible a cualquier agente u operador del mercado que de un modo minimamente profesional desarrolle su actividad en el mismo, de modo que esa inestabilidad o probabilidad de cambios sea conocida sin necesidad de mantener especiales relaciones con la fuente de los cambios o incluso sin informaciones exclusivas o privilegiadas*».

b) La invocación del riesgo regulatorio exige a modo de premisa la claridad de la norma, incompatible con la generación de incertidumbres acerca de sus presupuestos de hecho, efectos o consecuencias jurídicas. Tal valoración ni resultará fácil ni estará exenta de críticas, máxime en materias de gran complejidad técnica<sup>49</sup>.

c) Demanda también de la producción de una modificación significativa y con una incidencia real en el régimen jurídico aplicable hasta el punto de que puedan verse afectados los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Adviértase a este respecto las diferencias que son de apreciar en las reformas en los incentivos a las energías renovables operadas en los años 2010 y 2013 y cómo la distinta intensidad de una y otra modificación aboca ya a la discrepancia escenificada en la Sección de la Sala Tercera llamada a conocer de los recursos.

d) En todo caso, los cambios legislativos han de ser previsibles y derivados de exigencias claras del interés general. Se trata ésta de una cuestión de capital importancia y sobre la que difícilmente pueden sentarse criterios apriorísticos sino que serán las circunstancias concurrentes en cada caso las que diluciden tal juicio de previsibilidad y la finalidad realmente perseguida. Lo que desde luego no puede admitirse es que el riesgo regulatorio actúe como un «cheque en blanco» que la doctrina legal y constitucional dispensen al legislador al socaire de un interés general y superior que en cada momento sea de apreciar y que avale cualquier justificación de reforma en detrimento de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Así las cosas, debe exigirse tanto al legislador como al responsable de la disposición reglamentaria una justificación pormenorizada del porqué del cambio, de la evolución de las circunstancias que lo motivan o de en qué medida éste resulta indispensable para asegurar el necesario equilibrio económico o la salvaguarda de los intereses generales que deben ser servidos con objetividad por la Administración Pública (artículo 103.1 de la Constitución).

---

<sup>49</sup> ALENZA GARCÍA, J.F., «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: a propósito de la STC/2015, sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables». Actualidad Jurídica Ambiental, (55), marzo 2016, pág. 9. Expresa, respecto de la claridad del texto normativo apreciada por el Tribunal Constitucional, el que «pocas veces el TC habrá estado tan alejado de la realidad. Debe recordarse que esa determinación objetiva de la que habla la sentencia no existe en la norma, puesto que el sistema se basa en una normatividad aplazada y desgajada, según la cual, hasta el propio desarrollo reglamentario de la norma legal se remite a la futura determinación ministerial algunos elementos básicos de la retribución específica (vida útil regulatoria, valor estándar de la inversión inicial, horas de funcionamiento) para cada una de las 1400 instalaciones tipo de energías renovables».

e) Se requiere entonces de un notable esfuerzo argumental y de una rigurosa ponderación de los elementos implicados en la controversia sobre la infracción de los mentados principios, habiéndose de valorar de forma singular la diligencia mostrada por los operadores económicos, inversores o, en general, los administrados concernidos por la normativa. Entran en juego conceptos jurídicos indeterminados como los de «operador económico prudente y diligente» respecto de los que muy difícilmente puede establecerse un estándar único, máxime en ámbitos donde se han desarrollado ampliamente procesos liberalizadores<sup>50</sup>. De ahí que deba extremarse la precaución a la hora de valorar quiénes eran o han podido ser los destinatarios de las modificaciones legislativas y hasta qué punto éstos podrían haberlas previsto y actuar en consecuencia. En tal sentido, resulta interesante cuestionarse si, más allá de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador que pudiera demandarse, cabrían tales «afectados» por la reforma repercutir a terceros el riesgo sufrido y, consiguientemente, los efectos perniciosos generados por el cambio.

f) Relevante resultará en el debate procesal la naturaleza de la impugnación que se efectúe y su carácter mas o menos abstracto. Ello por cuanto si no se suscita con ocasión del recurso el examen de situaciones concretas, difícilmente pueda ir el Tribunal mas allá de la simple proyección teórica de los principios constitucionales en concurso. En tal sentido, los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos a raíz de la STC 270/2015, de 17 de diciembre, han sido objeto de múltiples críticas precisamente por el tratamiento superficial dispensado a la decisión que adopta y la forma en que la justifica, circunstancia ésta puesta de manifiesto incluso por el propio Voto particular que incorpora.

g) Ha de evitarse la equiparación entre riesgo regulatorio y riesgo de mercado so pena de volatilizar la seguridad jurídica y la confianza legítima. Baste recordar que la reforma operada por el Real Decreto-ley 9/2013 implicó abandonar el reconocimiento de una prima o tarifa regulada, sustituyéndola por la participación en el mercado más allá del complemento previsto de una retribución regulada específica que garantizase a las instalaciones una

---

<sup>50</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, A., op. cit., pág. 21. Razona que «*tampoco debemos olvidar que el propósito básico del riesgo regulatorio es garantizar la liberalización de un sector económico y, por tanto, la libre competencia, en un sistema que estaba copado previamente por los monopolios territoriales, que sumaban un gran oligopolio nacional. Pues bien, no puede ya aplicarse contra los pequeños y medianos empresarios que han invertido en un sector y que contribuyen, como en el caso de la producción de energía a partir de las energías renovables, decisivamente a ampliar la competencia, a aminorar los precios y a cumplir con finalidades previstas en la normativa europea, tal como se infiere de 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*».

rentabilidad razonable. Cabe cuestionarse seriamente si era previsible el que seis años después de implementarse el modelo de incentivos, este podría verse tan sustancialmente alterado pese a que el período regulatorio inicialmente previsto se extendía hasta los treinta años<sup>51</sup>.

h) Tratamiento diferenciado merece la caracterización extremadamente flexible que se ha dispensado al principio de irretroactividad y que de hecho ha venido protagonizando los sucesivos Votos particulares incorporados a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictadas con ocasión de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013. No en vano la mayoría de la Sección llega a rechazar que se repunte la concurrencia de retroactividad prohibida pese a que resulten de aplicación criterios y parámetros nuevos a situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma.

i) Finalmente, la configuración que del riesgo regulatorio se diseñe debe enfrentar una serie de límites -que serán objeto de análisis en Capítulos sucesivos- y cuyo desconocimiento no sólo determinaría la vulneración de los principios examinados (con la consiguiente nulidad de la norma jurídica) sino que también daría lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A tal efecto, no cabe admitir por sistema que tal riesgo de cambio normativo se corresponda con un deber jurídico de soportar el daño conforme al cual se excluya la antijuridicidad y, por ende, la exigencia de tal responsabilidad [antiguo artículo 141.1 LRJPAC, hoy 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)].

---

<sup>51</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», Revista Otrosí (5ª época), (6), págs. 17-24. Califica que «el cambio regulatorio que produjo el Real Decreto-Ley 9/2013 era de gran envergadura, radical, que no era razonablemente previsible y que alteraba de raíz los fundamentos básicos del sistema retributivo vigente con gran impacto lesivo».

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO II**

### **ÁMBITO DEL RIESGO REGULATORIO**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## II. ÁMBITO DEL RIESGO REGULATORIO

### 1. Consideraciones generales.

Una de las premisas que han sido destacadas es la referente al terreno donde puede desenvolverse el riesgo regulatorio. Ello en tanto que solo en aquellos ámbitos sujetos de una forma más o menos intensa a la intervención o regulación administrativa cabe colegir la posibilidad de que las modificaciones que se produzcan afecten decisivamente a la esfera jurídica de los administrados en general o de los operadores económicos en particular.

De esta forma, cuando esa regulación atañe a las condiciones de acceso de los particulares al ejercicio de una actividad económica, cuando la misma determina las condiciones de ejercicio por parte de los mismos de actividades reguladas o en aquellos supuestos en los que se produce una alteración de las condiciones aplicables a las inversiones ejecutadas al amparo de contratos administrativos, puede surgir la necesidad de enfrentar las consecuencias de una alteración sustancial del régimen jurídico y aplicar el concepto de riesgo regulatorio a modo de instrumento que enerve cualquier responsabilidad que pudiera exigirse.

### 2. Derecho regulatorio y regulación.

Parece evidente que el Derecho regulatorio es -ante todo- Derecho administrativo. Carece de sustantividad propia dentro de éste último si bien se ha apuntado a que presenta *«características propias»* que también le *«otorgan un perfil propio, quizá más acusado que otros géneros»* del Derecho administrativo<sup>52</sup>. Sin duda a la hora de deslindar sus contornos resulta ineludible acudir al concepto de regulación. Y en tal sentido, el Diccionario panhispánico del español jurídico<sup>53</sup> define la regulación como la *«función pública encomendada a órganos de la administración directa o a comisiones o agencias independientes, que comprende la aprobación de normas relativas a mercados o sectores económicos concretos, la supervisión y vigilancia de su cumplimiento por las empresas que operan en dichos mercados, especialmente para asegurar la libre competencia y la adopción, en su caso, de las medidas correctoras que procedan, incluida la imposición de sanciones»*.

---

<sup>52</sup> Sobre este particular, vid. *«Conclusiones y Propuestas»* del Grupo de Trabajo FIDE Derecho Regulatorio, de 27 de marzo de 2019: <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/11/FIDE-Doc.-Conclusiones-Grupo-de-Trabajo-Derecho-Regulatorio.pdf> [Última visita: 31/7/22].

<sup>53</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *«Diccionario panhispánico del español jurídico»*, Santillana, 2017.

La regulación se conecta así con el ejercicio de la potestad normativa que permita reglamentar un determinado sector económico pero también con la verificación de su cumplimiento y la adopción de medidas caso de que éste no tenga lugar (no ya solo de carácter sancionador sino también de resolución de conflictos). Se convierte por ello en aspecto relevante para dilucidar si estamos en un ámbito sujeto a regulación la existencia de un organismo regulador o de supervisión. Y por tales han de tenerse a aquellos que tengan encaje fuera del organigrama de la Administración General del Estado, que cuenten con independencia o autonomía funcional y a los que se hayan atribuido especiales funciones de regulación y/o supervisión en concretos ámbitos<sup>54</sup>.

Sostiene SANTAMARÍA PASTOR que regulación equivale literalmente a intervención pública en la economía<sup>55</sup>. Sin embargo, llama la atención sobre el riesgo que comporta la utilización generalizada de ese término en tanto que puede convertirse en un nuevo «*título de intervención*», de «*carácter omnicomprensivo*» y «*fuerza de creación de potestades indeterminadas, implícitas y genéricas, de inmisión en las actividades privadas de cualquier naturaleza*». Al hilo de lo anterior, previene MUÑOZ MACHADO<sup>56</sup> (quien identifica regulación con una técnica de sistematización de todas las formas de actuación administrativa) que el ejercicio de las potestades administrativas «*ha de cuidar especialmente la previsibilidad de las decisiones y la transparencia*». Asimismo, en la medida en que supone concentrar amplias y discrecionales funciones, advierte de los problemas que ello genera en lo concerniente a la «*previsibilidad de las decisiones, sus modificaciones y el control de las mismas, de modo que los derechos individuales afectados cuenten con garantías suficientes*».

El Derecho regulatorio se adscribe -como cualquier otro sector del Derecho Administrativo- a la satisfacción del interés general. Pero también ha de garantizar la competencia entre los distintos operadores, siendo en este punto donde la diferente forma en la se conciba el riesgo regulatorio -en función del sistema que lo examine- puede provocar las disfunciones que servirán de hilo conductor de los sucesivos Capítulos.

---

<sup>54</sup> De esta forma han sido caracterizados por la Sala Tercera en la interpretación que efectúa del supuesto de interés casacional objetivo de carácter presuntivo del artículo 88.3 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Éste alude a los «*organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*». Presume tal interés casacional objetivo de cara a la admisión del recurso de casación cuando la Sentencia haya conocido de un recurso contra actos o disposiciones dictados por tales organismos o agencias.

<sup>55</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «*Sectores regulados y competencia: un dilema complejo*», en «*Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*», Coord. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Iustel, 2011, págs. 24 a 26.

<sup>56</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*», Tomo XIV, «*La actividad regulatoria de la Administración*», Boletín Oficial del Estado, 2015, pág. 54.

### 3. Proceso liberalizador: del Estado prestador de servicios al Estado regulador.

Al hilo de lo que acaba de señalarse, la jurisprudencia se ha encargado de situar el origen del riesgo regulatorio en el tránsito de los monopolios estatales a la configuración de los sectores liberalizados. A lo largo de las dos últimas décadas del siglo XX tuvo lugar en nuestro país el proceso de privatización de empresas públicas y la consiguiente liberalización de la práctica totalidad de los sectores económicos que se abrían así a la libre competencia. Suelen distinguirse en el proceso dos fases: la comprendida entre los años 1985 y 1996 (en el que más que de política de privatizaciones pudiera hablarse de reestructuración del sector de las empresas públicas estatales<sup>57</sup>) y la que abarca desde 1996 hasta 2003. La mecánica privatizadora, incluso en esta segunda etapa, no se articuló por vía legal sino que cada privatización era acordada a través del correspondiente Real Decreto, precisando qué actos de la empresa precisería de autorización administrativa previa.

A tal efecto, en las postrimerías del último Ejecutivo presidido por Felipe González se aprobó la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas. Y ya en los primeros meses del primer Gobierno de José María Aznar se aprueban las *«Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial»* en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 por el que se expresaba la *«voluntad de profundizar en el proceso de privatizaciones, como un elemento complementario del objetivo general de política económica de liberalizar la economía española»*. Se instituyó a tal fin el Consejo Consultivo de Privatizaciones, al que se le atribuía la facultad de dictaminar si las operaciones concretas de privatización que le fueran sometidas se acomodaban a los principios de publicidad, transparencia y libre competencia.

Materializadas las privatizaciones, la labor del Estado ya no implicaba garantizar la prestación de servicios públicos de interés general, sino que su cometido se extiende a supervisar que tal prestación tenga lugar y que se desarrolle con la calidad precisa, siendo así que *«cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (Gewährleistungstaad)»* o, lo que es lo mismo, *«vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confíen»*<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Resulta de interés el análisis que de esta cuestión puede encontrarse en VERGÉS-JAIME, J., *«Las privatizaciones de empresas públicas en España»*, Creative commons, 2013 (5ª edición).

<sup>58</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *«Regulación y confianza legítima»*, Revista de Administración Pública, (200), mayo - agosto 2016, págs. 141-172.

Pues bien, es el campo donde se han desarrollado históricamente los servicios públicos de interés general el que aparece hoy como propio de los denominados sectores regulados. Abarcan ámbitos que van desde los transportes a la energía, pasando, entre otros, por las comunicaciones y servicios postales, productos farmacéuticos, servicios financieros o el juego. Todos son ahora prestados en régimen de competencia si bien con sujeción a un régimen de intervención administrativa específico, muchas veces amparado por autorizaciones que determinan verdaderas relaciones administrativas de especial sujeción y, en todo caso, presentando un mayor grado de exposición a eventuales modificaciones de la regulación vigente cuando se pusieron en marcha.

#### **4. Sectores regulados. Intervención y supervisión.**

Con el concepto de sectores regulados -con todos los matices que la diversa doctrina científica sobre el particular presenta- se está haciendo referencia no solo a los tradicionales servicios públicos (luego privatizados) en los que el beneficiario estaba perfectamente individualizado y que se proveían a cambio de una contraprestación sino también a actividades presididas por la libre iniciativa económica pero sujetas a intervención administrativa.

Se ha señalado la similitud entre ambos supuestos en tanto que la explotación privada se ha de realizar ya bajo la «*dirección y supervisión de un organismo regulador*» (sería el caso de la electricidad, el gas, las telecomunicaciones o el servicio postal en el primer caso o de los servicios financieros o del mercado de valores en el segundo), ya por «*órganos/entes del Estado que desempeñan funciones análogas*» (lo que se predicaría de los seguros, transporte por carretera o infraestructuras aeronáuticas)<sup>59</sup>.

Pero en todo caso lo que se presenta como decisivo es la restricción existente tanto en la libertad de empresa proclamada en el artículo 38 de la Constitución como del principio de autonomía de voluntad de las partes. Y ello se proyectará no solo en la posibilidad de acceder a la actividad de que se trate sino también en la forma en la que la misma se ha de desarrollar o el régimen jurídico al que para tal desenvolvimiento habrá de estarse.

---

<sup>59</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., op. cit., pág. 33.

De interés resulta en este punto traer a colación el progresivo desplazamiento que se ha producido del control “*ex ante*” por parte de la Administración a un control “*ex post*”. En tal sentido, el régimen autorizatorio (licencias, autorizaciones y concesiones) ha perdido el protagonismo que ostentaba al verse relevado por un sistema de comunicación previa y, en su caso, la inscripción en el correspondiente Registro. Sobre este particular resulta decisiva la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>60</sup> (Directiva de servicios). En virtud de la misma, solo «*excepcionalmente*» cabe imponer a los prestadores un régimen de autorización, supeditado a la concurrencia de determinadas condiciones (no discriminación, necesidad y proporcionalidad) y de forma suficientemente motivada. Únicamente en el marco de algunos de los mercados regulados se hace preciso un título habilitante que se otorgará generalmente por el órgano encargado de la supervisión del cumplimiento la normativa<sup>61</sup>.

La supervisión se convierte en protagonista en el desempeño de la iniciativa privada. Ésta supone una relajación de la forma en la que la misma puede emprenderse pero no se desconoce que puede implicar mayor examen por el poder público. Ya no se precisará con carácter general de una autorización administrativa para actuar en el mercado pero el control administrativo no solo no desaparece sino que incluso puede que se acreciente.

Muy gráficamente significa SANTAMARÍA PASTOR que todos aquellos sectores tradicionalmente sometidos al régimen de intervención pública se «*desliza[n] paulatinamente hacia convertirse en un sector regulado y supervisado; lo cual supone una transformación cualitativa, aunque insensible, de los poderes de inmisión de que disponen las autoridades públicas, siempre en el sentido de su acrecentamiento*»<sup>62</sup>. Y al configurarse así el estado se comportaría como un «*controller omnipresente*» que, «*bajo su apariencia afable y paternal*», si bien no exige autorizaciones previas sí que aparece facultado para requerir información, investigar los comportamientos del mercado, resolver conflictos entre operadores o incluso sancionar.

---

<sup>60</sup> Objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico a través de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>61</sup> CABALLERO SÁNCHEZ, R., «*Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto*» en «*Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*», Coord. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Iustel, 2011, pág. 46. Se advierte en todo una «*tendencia actual*» a la «*eliminación de este tipo de permisos, siendo suficiente con la autorización técnica y reglada de las instalaciones concretas para el desarrollo de un actividad*».

<sup>62</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., op. cit. págs. 33 y 34.

El mentado carácter expansivo del poder de supervisión se pone de manifiesto si se observan las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>63</sup>. Ésta se adscribe a garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Y lo hace extendiendo su manto supervisor y de control sobre sectores económicos que antes eran examinados por las distintas Comisiones que ahora se integran en la misma<sup>64</sup>. Se trata del gas, la electricidad, las comunicaciones electrónicas y los medios audiovisuales, los sectores ferroviario y aeroportuario y el mercado postal.

De los administrados que se desenvuelven en todos estos sectores cabe predicar en definitiva una relación de sujeción especial que se hace efectiva tanto a través de la regulación como de la supervisión y que se traduce en un mayor grado de exposición a las modificaciones del marco jurídico por el que se rigen.

### **5. Servicios de Interés Económico General y sectores regulados.**

En íntima conexión con cuanto precede se hayan una serie de conceptos elaborados por la jurisprudencia comunitaria y que se añaden a los de servicios públicos (que representaban las actividades esenciales tradicionalmente asumidas por las distintas Administraciones territoriales) y a las actividades de iniciativa privada en las que la intervención pública se traducían generalmente en la exigencia de autorizaciones y concesiones.

Se trata, de entrada, de los Servicios de Interés General (SIG), comprensivos de prestaciones esenciales para la ciudadanía y que deben ser asumidos por la Administración para el caso de que la iniciativa privada por sí sola no los provea. Se configuran de esta forma más que como un régimen jurídico, como un «*título de intervención*»<sup>65</sup>. La liberalización de distintos sectores económicos a impulsos del proceso de integración europea y la necesidad de hacer efectiva la competencia entre los operadores lleva a implementar normas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la competencia dentro del mercado interior<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> En tal sentido, artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC).

<sup>64</sup> Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

<sup>65</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C., «*Los servicios de interés general en la Unión Europea*», Revista PUCP, (76), 2016, pág. 39.

<sup>66</sup> Singularmente, en lo que aquí interesa, el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Surge con ello el concepto de Servicio de Interés Económico General (SIEG), tendente tanto a que tales prestaciones esenciales queden garantizadas como a posibilitar la competencia en su prestación. Sucede no obstante que el artículo 106.2 TFUE contempla la posibilidad de excepcionar las normas sobre competencia cuando pudieren impedir la gestión de esos servicios<sup>67</sup>. De esta forma, aun cuando la liberalización de la actividad habría de comportar su prestación en régimen de libre competencia, la trascendencia de su contenido justifica eventuales limitaciones o restricciones a la misma si se detectan fallos en el mercado.

Señala TORNOS MÁS por ello que la figura de los SIEG permite que *«la liberalización se lleve a cabo de forma controlada y sin merma de los fines de interés general propios de estas actividades, antes servicios públicos en régimen de monopolio»*<sup>68</sup>. Y es que, tal y como razona, el que se abra el mercado a la libre competencia no implica dejar *«abandonados a los ciudadanos»* cuando ese mercado no está en disposición de garantizar *«un acceso a los servicios de interés general en condiciones de igualdad y asequibilidad»*.

En tal sentido, en la Comunicación de la Comisión Europea *«Los servicios de interés general en Europa»* [2001/C 17/04]<sup>69</sup> se concreta que los SIG abarcan *«los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público»*. Por su parte, los SIEG se refieren a *«los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. Se tiende así a abarcar ámbitos tales como las redes de transporte, la energía y las comunicaciones»*.

Respecto de las obligaciones de servicio público, se prevé que puedan ser impuestas al organismo que presta el servicio a fin de *«fomentar o facilitar el desempeño de la función de interés general»*, citándose como ejemplos los sectores del transporte terrestre, aéreo, por ferrocarril o de la energía. Asimismo, configura el servicio universal como un *«complemento básico de la liberalización del mercado de servicios»* y refiere en particular al mercado de las telecomunicaciones.

---

<sup>67</sup> Expresa el artículo 106.2 TFUE lo que sigue: *«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión»*.

<sup>68</sup> TORNOS MAS, J., *«El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario»*, Revista de Administración Pública, (200), mayo - agosto 2016, pág. 202.

<sup>69</sup> DOUE N° 44, de 19 de enero de 2001.

En lo demás, no existe una relación exhaustiva de qué servicios o actividades hayan de incluirse en las categorías que se vienen analizando. Como apunta SANTAMARÍA PASTOR<sup>70</sup>, la delimitación negativa efectuada por el Tribunal de Justicia llevaría a excluir los «servicios públicos *stricto sensu*» (esto es, los vinculados al ejercicio de poderes de autoridad y que se incardinarian dentro de los SIG) y a los servicios o actividades de carácter social (dentro de los que se incluirían actividades sanitarias, culturales o educativas, entre otras). Por otra parte, la delimitación positiva se limitaría a definir a los SIEG como aquellos servicios que presentan «características específicas» y que tienen por objeto la «oferta de bienes o servicios en un mercado determinado», añadiendo que debe existir un «vínculo suficientemente estrecho entre las autoridades públicas y la empresa encargada del servicio».

Puede concluirse que no existe una correlación entre los SIEG y los sectores regulados si bien sí que cabría afirmar que los que se conocen como sectores regulados se subsumen en el concepto más amplio que los SIEG abarcan. Se trata en todo caso de actividades que, por la trascendencia para la ciudadanía que tienen, no permiten al Estado desentenderse de su prestación. Para ello no solo podrá otorgar autorizaciones operativas sino también imponer obligaciones de servicio público o universales y supervisar el desarrollo de la prestación que se lleve a cabo. Este control “*ex post*” puede extenderse a la posibilidad de disciplinar su régimen jurídico pero también a resolver controversias o, incluso, sancionar. La excepción que a propósito de las normas sobre competencia el artículo 106.2 TFUE previene entrará en juego solo en la medida en que la finalidad a la que esos servicios de interés general se adscriben pueda quedar comprometida.

## **6. Normas sobre competencia y sectores regulados.**

Apunta CABALLERO SÁNCHEZ que «sin regulación» los mercados regulados «no serían viables»<sup>71</sup>. Se está refiriendo con tal afirmación a la exigencia de que se articulen tanto por el legislador como por las distintas Administraciones medidas que hagan posible en tales mercados una competencia real y efectiva. Tal necesidad se inferiría a partir precisamente de los resultados producidos en el tránsito de un «sistema de servicios públicos económicos a otro de mercados regulados de interés general».

---

<sup>70</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., op., cit., págs. 31 y 32.

<sup>71</sup> CABALLERO SÁNCHEZ, R., op. cit., pág. 69.

## II. *Ámbito del riesgo regulatorio*

No en vano en los sectores regulados no solo se encuentran normas que tienen por objeto la operatividad del propio mercado sino también otras que atienden a finalidades muy diversas. Al efecto, alude DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO a objetivos de «*solidaridad, medio-ambientales, de independencia energética*»<sup>72</sup>. Así, tomando como referencia al sector eléctrico, no se trata solo de garantizar la competencia entre los operadores sino que se hace preciso atender a exigencias tales como la accesibilidad e igualdad en la prestación del servicio a los consumidores, la existencia de un servicio universal o garantizar el acceso de los operadores a las redes.

La cuestión no es baladí. El carácter heterogéneo predicable hoy tanto de los sectores regulados (en atención a los cada vez más amplios ámbitos que abarca) como de los distintos agentes que en estos operan (con la consiguiente asimetría que entre ellos existe<sup>73</sup>) hacen necesaria una mayor y más precisa disciplina de los mismos en orden a hacer efectiva la competencia.

Y es en este punto donde -como se irá exponiendo- el distinto enfoque del riesgo regulatorio, esto es, la mayor o menor generosidad con la que éste es concebido desde la perspectiva de los operadores, puede producir su tratamiento desigual. El riesgo regulatorio se convierte de esta forma en una disfunción para la competencia. Y es que se impide, restringe o falsea la competencia con el desarrollo de conductas colusorias por parte de los operadores, con el abuso de posición dominante o con la realización de actos desleales<sup>74</sup>. Pero también con políticas públicas de carácter proteccionista, de privilegio de determinados agentes o a través de la concesión de ayudas de Estado. La configuración de un riesgo regulatorio diferenciado según se trate de operadores nacionales o internacionales, en función de los criterios que a unos u otros se apliquen dependiendo de los órganos jurisdiccionales o arbitrales ante los que ventilen sus pretensiones, conduce inexorablemente a una alteración de la competencia al situar a unos operadores en una posición más favorable que a otros.

---

<sup>72</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., op. cit., pág. 41.

<sup>73</sup> CASTRO-GIL AMIGO, J. y GARCÍA BRIEVA, J., op. cit., pág. 176 a 179. En relación con la problemática generada por los cambios en el régimen jurídico de las renovables, advierten de la distinta situación en la que se encontraban grandes operadores y micro generadores. Apuntan a las disparidades «*tanto cualitativas como cuantitativas*» que «*no les permite actuar en un ámbito competencial igualitario, siendo precisos elementos interpretativos moderadores que eviten situaciones injustas y abusivas para los operadores más vulnerables*». Se trataba con ello de distinguir la exigencia que para unos y otros podría trazarse a propósito de la previsibilidad del cambio normativo producido y, con ello, discriminar la forma en la que el riesgo regulatorio ha de ser afrontado en cada caso.

<sup>74</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (artículos 1 a 3).

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO III**

### **PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN. CALIDAD NORMATIVA**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

### III. PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN. CALIDAD NORMATIVA

#### 1. Cuestiones sobre soberanía reguladora o «derecho a regular».

Examinado en los Capítulos precedentes las exigencias de previsibilidad y de atención al interés general que deberían presidir los cambios normativos, acotado el ámbito en el que el desenvolvimiento del riesgo regulatorio aparece como decisivo y concebida la regulación como una de las modalidades de intervención administrativa, conviene realizar una aproximación a lo que se ha dado en llamar «derecho a regular». Con tal idea se estaría haciendo referencia a la facultad que resulta predicable no solo de aquéllos órganos dotados de potestad legislativa (o reglamentaria) para innovar o modificar el ordenamiento jurídico, sino también a la de cualquier otro ente público con capacidad para intervenir en la actividad de los administrados.

De entrada, el simple reconocimiento a un Estado (entendido lógicamente en sentido lato) de que puede establecer las medidas que tenga por pertinente parece incluso innecesario en tanto que constituye una emanación de su propia soberanía. Sin embargo, la asunción por parte de éstos de obligaciones internacionales puede llevar a que tan indiscutibles facultades se vean de una u otra forma comprometidas.

A este respecto, cabe recordar que uno de los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión Europea es el de la política comercial común (artículo 3 TFUE). A través de ésta y mediante el establecimiento de una unión aduanera, pretende la Unión contribuir, en el interés común, «al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo» (artículo 206 TFUE). Tal política comercial común, basada en principios uniformes, se lleva a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión (artículo 207.1 TFUE).

Tras el Tratado de Lisboa, la Unión dispone de competencia exclusiva para liberalizar de forma progresiva los movimientos de inversión extranjera directa, posibilitando con ello una mejora de las inversiones de terceros Estados en la Unión y, al mismo tiempo, propiciando una mayor facilidad a la hora de materializar inversiones comunitarias más allá de sus fronteras.

## **2. Acuerdos comerciales suscritos por la Unión europea: sus implicaciones.**

Sobre la mentada base competencial y en el marco del artículo 218 TFUE, la Unión Europea viene desarrollando en los últimos años una profusa actividad negociadora en lo comercial. Ésta se escenifica a través de Acuerdos de Libre Comercio (que implican una apertura recíproca y acceso preferente a los mercados concernidos), Acuerdos de Asociación Económica (llamados a propiciar el desarrollo comercial fundamentalmente con África, Caribe y el Pacífico) o Acuerdos de Asociación (que disponen de un marco de cooperación con los países con los que se suscriben).

De singular interés resulta en tal sentido el Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito entre la Unión Europea y Canadá, conocido como CETA por sus siglas en inglés (*Comprehensive Economic Trade Agreement*)<sup>75</sup>. Si bien entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017 (en cuanto a las partes del Acuerdo que son competencia exclusiva de la Unión Europea), su vigencia plena y definitiva no se producirá en tanto que sea ratificado por todos los Parlamentos de los Estados miembros<sup>76</sup>. Con ésta última operarán, entre otras, las previsiones relativas a la protección de las inversiones o al sistema arbitral de inversiones.

En similares términos se han desarrollado Acuerdos con Singapur<sup>77</sup> (también conocido por sus siglas en inglés, *EU-Singapore Free Trade Agreement - EUSFTA*), con entrada en vigor el 21 de noviembre de 2019<sup>78</sup>. Prevé como procedimientos para la resolución de controversias la constitución de un panel de arbitraje a instar por la demandante<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Los proyectos de propuestas para las Decisiones del Consejo sobre la firma, aplicación provisional y conclusión del CETA fueron adoptados por la Comisión Europea el 5 de julio de 2016, presentándose entonces al Consejo para su adopción. El Consejo adoptó la propuesta del CETA el 28 de octubre de 2016 para permitir su firma y aplicación provisional. El acuerdo se firmó el 30 de octubre de 2016 durante la Cumbre bilateral UE-Canadá, otorgándose ulteriormente el consentimiento por el Parlamento Europeo el 15 de febrero de 2017.

<sup>76</sup> En España fue ratificado por el Congreso de los Diputados el 29 de junio y el Senado el 27 de octubre de 2017, depositándose su instrumento de ratificación el 13 de diciembre de 2017 ante la Secretaría del Consejo de la Unión Europea.

<sup>77</sup> Las negociaciones comerciales y de inversión con Singapur -basadas en las directivas de negociación de la ASEAN de 2007- se iniciaron en 2010 y finalizaron en 2012, con la excepción de las disposiciones sobre protección de inversiones, que concluyeron en 2014 y hubieron de modificarse ulteriormente en 2017 para adecuarlas al nuevo enfoque de la UE en materia de protección de inversiones y resolución de disputas. Tras el Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión 2/15, de 16 de mayo de 2017, la arquitectura del acuerdo se adaptó a la de dos acuerdos independientes: un Acuerdo de Libre Comercio (TLC) y un Acuerdo de Protección de Inversiones (API). Finalmente, los proyectos de acuerdos de comercio e inversión se presentaron al Consejo el 18 de abril de 2018.

<sup>78</sup> Decisión (UE) 2019/1875 del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur [DOUE núm. 294, de 14 de noviembre de 2019].

<sup>79</sup> Vid. Capítulo 14 del Acuerdo.

O con Vietnam<sup>80</sup> (Acuerdo de Libre Comercio UE - Vietnam), que sigue el esquema del suscrito con Singapur tratando de equilibrar protección de inversores y derecho a regular por parte de las autoridades públicas. Asimismo, dispone de un sistema para resolver disputas entre inversor y Estado que sustituye a los mecanismos arbitrales contemplados en los Acuerdos Bilaterales entre Vietnam y los Estados miembros de la Unión.

Finalmente, al margen de diferentes negociaciones en curso (Malasia, Tailandia, Indonesia, Australia, entre otros), debe resaltarse el Acuerdo alcanzado con Japón<sup>81</sup>, conocido como Acuerdo de Paternariado Económico (*Economic Partnership Agreements - EPA*), en vigor desde el 1 de febrero de 2019.

Frustrado quedó -está por ver si de forma definitiva- el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos (conocido como TTIP por sus siglas en inglés, *Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Pese a las directivas para las negociaciones fijadas en junio 2013 y las quince rondas que tuvieron lugar desde 2013, el cambio presidencial sobrevenido en Estados Unidos implicó la interrupción *sine die* del proceso negociador a finales de 2016.

Queda para otro momento (en concreto, el Capítulo VI) el examen en profundidad tanto del arbitraje de inversión como de la interpretación de los distintos estándares de protección que con carácter general con el mismo se aplican. Ello, singularmente, en atención a las disfunciones que se revelan con respecto a la protección dispensada a los inversores en el Derecho interno en atención a, entre otros, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Lo que sí que puede advertirse desde este momento es que las obligaciones que para la Unión Europea (y, con ello, lógicamente, para los distintos Estados miembros) resultan de los Acuerdos a los que se ha hecho referencia pueden implicar restricciones a la facultad regulatoria de tales Estados, limitaciones llamadas a ser verificadas a través del arbitraje de inversión en general o mediante las específicas previsiones contenidas en los instrumentos comerciales en cuestión.

---

<sup>80</sup> Los acuerdos de comercio e inversión entre la UE y Vietnam se firmaron el 30 de junio de 2019 en Hanoi, siendo aprobados por el Parlamento Europeo el 10 de febrero de 2020. El 8 de junio de 2020 la Asamblea Nacional de Vietnam ratificó el Acuerdo de Libre Comercio con la UE. Tras haberse completado los procedimientos internos de cada parte, entró en vigor el 1 de agosto de 2020. El API deberá, por su parte, ser ratificado a nivel nacional por todos los Estados miembros antes de poder entrar en vigor.

<sup>81</sup> El 6 de julio de 2017 se alcanzó entre la Unión y Japón un Acuerdo de principio sobre los principales elementos de un Acuerdo de Asociación Económica en la cumbre UE - Japón. El Acuerdo se finalizó el 8 de diciembre de 2017.

A tal efecto, se ha visto al arbitraje como la puesta en un mismo plano de inversor extranjero y Estado, despojando a éste último *«por completo de sus prerrogativas y de su ropaje de autoridad»*<sup>82</sup>. Consiguientemente, *«la existencia misma de estos sistemas de arbitraje supone reconocer a los inversores extranjeros una especie de “derecho” a la petrificación del ordenamiento jurídico del Estado de acogida de la inversión. Una garantía de que no va a cambiar el marco regulatorio que se ha tenido en cuenta al realizar la inversión para que ésta se ajuste en todo momento a sus expectativas de ganancia»*.

Todo lo anterior ha abocado a la búsqueda de soluciones que permitan lograr un adecuado equilibrio entre la intangibilidad de las facultades regulatorias y la garantía de un marco regulatorio estable para aquellos inversores que se desenvuelvan en el ámbito de aplicación de los Acuerdos comerciales de referencia.

### **3. Positivación del «derecho a regular».**

La quizá más representativa muestra de la preocupación a la que acaba de aludirse la encontramos en el CETA donde se contienen más de una decena de referencias al derecho a regular de los Estados<sup>83</sup>. Dentro de ellas, destaca por su claridad la contemplada en el artículo 8.9, bajo la rúbrica *«Inversiones y medidas reglamentarias»* y dentro de la Sección D, correspondiente a la *«Protección de las inversiones»*. Expresa en tal sentido lo que sigue:

*«1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.*

---

<sup>82</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., *«Arbitraje internacional de inversiones y derecho a regular de los estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP»*, Revista Española de Derecho Europeo, (58), abril - junio 2016, págs. 13-45. Refiere en concreto que *«este esquema de protección del inversor nos sitúa directamente ante uno de los aspectos más polémicos y controvertidos de estos Tratados como es el relativo a los tribunales de arbitraje privados, a su conformación, a sus reglas de funcionamiento y, sobre todo, a las consecuencias que sus laudos pueden tener para la soberanía de los Estados, en el derecho de los gobiernos democráticamente elegidos a regular a favor del interés público»*.

<sup>83</sup> GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., *«El derecho a regular de los Estados. Una aproximación al CETA»*, Anuario de Arbitraje, Civitas, 2017. Justifica que *«la abundancia en su tratamiento y referencias a este derecho no es casual. Responde a la preocupación expresada durante el proceso de negociación, tanto por distintas organizaciones de la sociedad civil, como por distintos autores, sobre el mantenimiento o la preservación por los Estados parte de su potestad legislativa, como elemento esencial de su soberanía. De esta forma, se ha procurado que las garantías ofrecidas a los inversores extranjeros, tanto sustantivas –en forma de estándares de protección– como procesales –a través del novedoso sistema arbitral mediante el recurso a un tribunal estable–, tengan como contrapartida el reconocimiento de la intangibilidad de la potestad legislativa íntegra, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de Canadá y sus provincias»*.

2. *Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección».*

De lo anterior se colige una reafirmación de un derecho a regular que en principio no habría de haberse puesto en tela de juicio, pero que en todo caso trata de ser salvaguardado mediante la justificación de atender a esos objetivos políticos legítimos en una serie de ámbitos o sectores cuya enumeración se antoja meramente ejemplificativa. Tal aserto se ve complementado con la aseveración, como regla general de principio, de que la mera modificación legislativa no implicará, sin más, un incumplimiento de las obligaciones que en materia de protección de inversiones se asumen aun cuando de ello se desprenda un perjuicio a las expectativas o intereses del inversor.

Lógicamente, cuanto antecede implicará atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, analizando el interés de la medida, si ésta perseguía un fin general, si ha ocasionado un daño concreto y determinable para, en caso de positivo, dilucidar su razonabilidad, proporcionalidad o licitud. En todo caso, los instrumentos a los que viene haciéndose referencia implicarán limitaciones a los Estados para el desarrollo de su actividad de regulación, siendo así que cuando los mismos resulten infringidos por mor de desatender los estándares de protección que en cada caso se hayan reconocido, el órgano arbitral podría declarar la violación del Acuerdo, con las consiguientes medidas (generalmente de carácter indemnizatorio).

#### **4. Ausencia de un criterio unívoco en la práctica arbitral sobre el «derecho a regular».**

Sentado que no existe para el inversor un derecho a la congelación del ordenamiento jurídico y más allá de las dificultades de sentar criterios apriorísticos acerca de las decisiones arbitrales (toda vez que éstas ni se conforman sobre una base de precedentes ni existe tampoco jerarquía entre los colegios arbitrales), bien pueden presentarse pronunciamientos heterogéneos que van desde los que enfatizan la necesidad de garantizar al inversor la plena estabilidad regulatoria (en tanto que formaría parte de sus legítimas expectativas) a los que se posicionan en un sentido totalmente opuesto, pasando por aquéllos que tratan de conciliar uno y otro planteamiento.

A este respecto, y sin perjuicio de la aproximación que en profundidad se hará más adelante, baste anticipar ahora que hace casi dos décadas postulaba el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en el asunto *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*<sup>84</sup>, que «*los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios*». En similares términos, el mismo centro de arbitraje, en el asunto *Electrabel S.A. v. Hungría*<sup>85</sup>, no demanda la inmutabilidad del ordenamiento jurídico afectado, sino que los cambios que en el mismo se produzcan tenga lugar «*de modo justo, consistente y previsible, teniendo en cuenta las circunstancias de la inversión*».

Por su parte, en fecha más reciente (y en el marco de las modificaciones operadas a los incentivos en las energías renovables en España y que constituirán el hilo conductor de la exposición), la Cámara de Comercio de Estocolmo, en el asunto *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España*<sup>86</sup>, establece que «*un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada*».

En todo caso, en lo que ahora interesa, baste reseñar que el derecho a regular, su extensión y límites, en tanto que contrapunto del riesgo regulatorio, no dependerá en lo sucesivo de cuantas expresas y específicas previsiones se contemplen en textos normativos, sino que habrá de dibujarse en función de la configuración que del mismo se efectúe por los órganos llamados a interpretar tales textos.

A tal fin, resulta necesario insistir -como anticipo de lo que posteriormente se examinará- en que los estándares de protección de tales textos pueden diferir (lo hacen, de hecho) de los que resultan de aplicación conforme al marco constitucional y legal interno<sup>87</sup>. Se producen así disfunciones para las que el ordenamiento jurídico no prevé remedio alguno al originar que una misma medida pueda reputarse al mismo tiempo conforme al orden interno y contraria a un compromiso internacional, con los contradictorios e incompatibles efectos que de ello se derivan para los inversores afectados por uno u otro marco normativo.

---

<sup>84</sup> ICSID Case N° ARB/97/7.

<sup>85</sup> ICSID Case N° ARB/07/1.

<sup>86</sup> SCC Case N° V 062/2012.

<sup>87</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M., «*¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAP y PAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna*», *Revista General de Derecho Administrativo*, (16), 2007.

## 5. Técnica normativa.

Hace en torno a cinco siglos, Erasmo de Rotterdam publicaba la obra *«Educación del príncipe cristiano»*, dedicada al futuro Emperador Carlos V y en la que ya se mostraban reticencias tanto por la excesiva producción normativa como por sus reformas. Señalaba de esta forma que *«conviene que las leyes sean muy poquísimas y muy razonables»* y que *«así como con las enfermedades no deben ensayarse nuevos remedios si con los viejos se puede corregir el mal, así tampoco han de darse nuevas leyes si las antiguas suministran algún recurso con que puedas curar los males de la república»*<sup>88</sup>.

Mucho más cerca en el tiempo, la preocupación ha venido persistiendo. Bajo el epígrafe con el que se que intitula este apartado y dentro de las *«Observaciones y sugerencias»*, la Memoria del Consejo de Estado del año 1990 calificaba de *«aspiración razonable, al concebir y llevar a efecto los planes de producción normativa, la de conseguir el mayor grado posible de estabilidad en beneficio del conjunto del ordenamiento y de su más eficaz recepción social y evitación de las perturbaciones que, para el funcionamiento de los servicios administrativos y la certidumbre de los administrados, se siguen del ritmo de cambio de las normas aplicables»*<sup>89</sup>.

La vocación de permanencia de las normas enfrenta el problema de la necesidad de adaptarse de forma constante a una realidad social cada vez mas cambiante. Encara al mismo tiempo la eventual alteración de los criterios de oportunidad que las motivaron. La certidumbre con ello se difumina y la inseguridad jurídica se acrecienta.

Como señala ALONSO TIMÓN<sup>90</sup>, la *«hipertrofia normativa»* genera *«externalidades negativas tanto a nivel jurídico como económico»*, siendo así que *«la buena o mala calidad normativa tiene una incidencia directa e indirecta en la economía. A ella pueden achacársele costes directos, como la pérdida de inversiones por incertidumbres regulatorias, o costes indirectos por el aumento de la litigiosidad»*. Y es que si bien el tránsito referido en el Capítulo precedente a propósito del paso de un Estado prestador de servicios a un Estado regulador trae consigo una notable multiplicación de su *«poder para condicionar la vida y el ejercicio de las libertades de los ciudadanos»*, ello se ha hace efectivo a través de una *«desbordada relación normativa que, en la mayoría de los casos, no ha cumplido con los objetivos para ser dictada»*.

---

<sup>88</sup> ERASMO, *«Educación del Príncipe Cristiano»* en *«Obras escogidas»*, Aguilar, 1956, (págs. 333 y 326).

<sup>89</sup> Memoria del Consejo de Estado del año 1990, págs. 79 y 80, en: [https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1990\\_4.pdf](https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1990_4.pdf) [Última visita: 31/7/22].

<sup>90</sup> ALONSO TIMÓN, J.A., *«Hacia una mejora de la calidad normativa»*, Revista Española de Derecho Administrativo, (207), julio - septiembre 2020, págs. 237-264.

Plantea CASERO BARRÓN una interesante propuesta que contribuiría a la mejora de la técnica legislativa. Parte para ello de considerar a los cánones, máximas jurídicas o brocardos como «*principios informadores de la legislación*». Así, citando a DE BUEN o MARAÑÓN, formula tal equiparación esgrimiendo el artículo 1.4 del Código civil en tanto que dispensa a los principios generales un carácter informador del ordenamiento jurídico «*en el sentido de que completan e integran el sentido de las normas, y que juegan obviamente para interpretarlas como manifestaciones lógicas*». Concluye que tales reglas interpretativas contribuyen a reducir la «*discreción de los Tribunales o del poder ejecutivo*» o a «*empujar el procedimiento legislativo en la dirección deseada*». Y ejemplifica lo anterior, entre otras, en la regla interpretativa del «*sentido literal (plain meaning)*», de forma que ésta no constituiría «*un supuesto no de conseguir lo que el legislador ha intentado decir en un caso concreto sino como un supuesto en el que se ordena al legislador que sea cuidadoso con el lenguaje que emplea en sus leyes*». El principio en cuestión se enderezaría así a advertir al legislador de que los Tribunales «*no se plantearán dudas acerca del significado o no intentarán buscar remedios para superar los resultados absurdos a los que conduce ese sentido literal*»<sup>91</sup>.

Con tal propuesta la responsabilidad parece trasladarse así del intérprete al legislador, de suerte que no puede éste último esperar que las eventuales dudas que del texto normativo surjan puedan resolverse siempre en un concreto sentido<sup>92</sup>. Aun más. Citando a ESKRIDGE, también se observa, en relación con el canon de la deferencia a la labor interpretativa del órgano administrativo (al menos que sea inconsistente con el lenguaje claro de la ley), que se envía un «*mensaje claro al legislador: el órgano administrativo se encontrará limitado en su facultad cuando existen unas directivas legales claras (siendo que la claridad se define en parte mediante la utilización de los cánones textuales), fuera de estos supuestos el órgano administrativo se encontrará legitimado para decidir de un modo razonable sobre las distintas opciones de política normativa que permite la interpretación*».

## **6. La evolución de la preocupación por la calidad normativa en el Derecho español.**

Muestra de una inquietud permanente y del afán por lograr una mayor certidumbre jurídica, constituyen hitos en el proceso de conformación de un sistema que vele por la calidad normativa los que a continuación se relacionan, integrándose, como se verá, por normas de la mas variada naturaleza y órganos de muy distinta índole.

---

<sup>91</sup> CASERO BARRÓN, R., «*Interpretación de la norma jurídica: lógica, teológica y analógica*», Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 128, 133 y 146 a 147.

<sup>92</sup> ESKRIDGE (Jr), W.N., «*Dynamic statutory interpretation*», Harvard University Press, 1994, pág. 279.

a) Suele señalarse como punto de partida el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991, por el que se aprobaban las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley. Aun con un propósito y contenido esencialmente formal, proclamaba, de un lado, la importancia de la «*calidad técnica de las leyes*» en tanto que «*realización del principio de seguridad jurídica*». De otro, aspiraba respecto de las mismas a una mayor «*claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía*».

b) El Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa, supuso la derogación las directrices que le habían precedido. Se enderezan, todavía desde una perspectiva eminentemente formal, a «*lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones*».

c) En el año 2006 se crea la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios<sup>93</sup>, cuyo objeto venía dado por la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión correspondiera a la Administración General del Estado. Ello con el fin de promover el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. La falta de materialización de la posibilidad de efectuar estudios de impacto normativo y la eliminación de las Agencias Estatales ejecutada por la LRJSP abocaron a su desaparición<sup>94</sup>. Sus funciones han sido asumidas por el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Secretaría de Estado de Función Pública<sup>95</sup>.

d) Relevante resultó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. Se trató de una norma que sí que ha tenido una verdadera aplicación en la práctica y que ha sido generalmente bien valorada por la doctrina

---

<sup>93</sup> Su creación se produjo por la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAEMSP), mientras que su Estatuto se aprobó por Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre.

<sup>94</sup> La Disposición Derogatoria Única LRJSP deroga la LAEMSP mientras que el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, hace lo propio con el Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.

<sup>95</sup> Reales Decretos 507/2021, de 10 de julio y 139/2020, de 28 de enero, por el que se reestructura y establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

científica<sup>96</sup>. En la actualidad, la memoria del análisis de impacto normativo se rige por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre (RMAIN), que deroga al anterior y deriva del artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG). Ello a propósito del procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos y la obligación que se impone al centro directivo competente de elaborar preceptivamente tal memoria. En ésta, la oportunidad de la propuesta deberá quedar justificada convenientemente, incluyendo, entre otros extremos, los que siguen:

- La identificación clara de los fines y objetivos perseguidos (artículo 2.1 a) 1º RMAIN).
- Sin perjuicio de la preceptiva justificación que deba figurar en el preámbulo o exposición de motivos de la norma, la explicación de su adecuación a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Asimismo, la referencia al engarce con el Derecho nacional y de la Unión Europea y un listado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la misma (artículo 2.1 a) 2º RMAIN).
- Análisis de alternativas, que comprenderá una justificación de la necesidad de la norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación. Se precisa que con carácter general se procurará valorar más de una alternativa. (artículo 2.1 a) 3º RMAIN).
- Impacto económico y presupuestario (artículo 2.1 d) RMAIN) o de detección y medición de las cargas administrativas que conlleva la propuesta, cuantificando el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas, con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas (artículo 2.1 e) RMAIN).
- El análisis sobre el coste-beneficio, previsto con carácter general de forma potestativa y, en todo caso, cuando una norma específica o sectorial así lo exija. Consistirá en un resumen de todos los costes y beneficios de la norma, tanto directos como indirectos, debiendo quedar acreditado que los beneficios esperados compensan o superan los costes derivados del proyecto y justifican la aprobación del mismo.

e) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), cuyos artículos 4 a 7 innovaron claramente el ordenamiento jurídico bajo el título de «*Mejora de la calidad de la regulación*». Se preveían por primera vez los principios de buena regulación, de aplicación a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas en tanto que instrumentos para la mejora de la regulación y la adaptación de la regulación vigente a los principios de

---

<sup>96</sup> PÉREZ RENOVALES, J., «*Mejores leyes y mejor conocidas*», Nueva revista de política, cultura y arte, (154), 2015, pág. 241. Al margen de la valoración positiva, destaca que «*adolece de ciertos defectos ya que arrojan una información muy detallada y valiosa para conocer los proyectos normativos, su justificación y oportunidad, pero se presta poca atención a elementos tales como la coherencia sistemática del proyecto dentro del ordenamiento, la existencia real de alternativas a la imposición de una carga u obligación a los destinatarios*».

sostenibilidad y buena regulación. Tales preceptos<sup>97</sup> recibieron el aval del Tribunal Constitucional al concluir que «*más que incorporar mandatos concretos, dirigidos a las Administraciones públicas, que son sus destinatarias*», contiene «*directrices, criterios orientativos y pautas de actuación*»<sup>98</sup>. Precisamente tal carácter meramente orientador se ha señalado como causa de la «*falta de implementación efectiva de la mayoría de estas medidas*»<sup>99</sup>.

f) También introduce relevantes aportaciones en este ámbito la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG). En concreto y al margen de la obligación de dar publicidad las memorias e informes elaborados en procedimiento de elaboración de normas, su Disposición Adicional Segunda prevé la «*revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico*». Se endereza a la realización de estudios que contribuyan a derogar normas obsoletas, introducir modificaciones o proponer la elaboración de un texto refundido.

g) Si bien de forma más sectorial, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), establece, en aras a dotar de efectividad a los principios de buena regulación, mecanismos a través de los cuales los operadores pueden interponer reclamaciones o informar sobre barreras a la unidad de mercado derivada de la actuación administrativa<sup>100</sup>.

h) En la pretensión sistematizadora también se inserta la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española.

---

<sup>97</sup> Derogados por la Disposición Derogatoria Única 2 c) LPACAP y claramente ampliados y mejorados en su desarrollo.

<sup>98</sup> STC 91/2017, de 6 de julio. El propio recurrente, Gobierno de Canarias, había señalado el «*carácter pragmático*» de los artículos 4 a 7 LEF y, como resalta el Tribunal Constitucional, no había llegado a precisar en qué forma, por su «*grado de minuciosidad o detalle*», excedían el concepto de lo «*básico*».

<sup>99</sup> BOIX PALOP, A. y GIMENO FERNÁNDEZ, C., «*La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad*», Universitat de Valencia, 2020, págs. 33 y 34.

<sup>100</sup> Vid. BALSAS PASCUAL, C. y ÁLVAREZ SUÁREZ, M., «*Mecanismos de la Ley de garantía de la unidad de mercado. La buena regulación al alcance de los operadores*» en «*Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*», Coord. GUILLÉN CARAMES, J., Civitas, 2017.

i) Pero sin duda el impulso definitivo -hasta ahora, además, el último- lo representan las leyes de procedimiento y régimen del sector público de 2015<sup>101</sup>, LPACAP y LRJSP<sup>102</sup>.

Sin perjuicio de cuanto se expondrá más detenidamente a continuación a propósito de los principios de buena regulación que implementa y los mecanismos para hacerlos valer ya “*ex ante*”, ya “*ex post*”, debe significarse que el Consejo de Estado advirtió que el título competencial en el que se ampara tal normativa viene dado por el artículo 149.1 18º de la Constitución. En efecto, el Dictamen 275/2015, de 29 de abril, instaba a que en la disposición relativa a los títulos competenciales se expresase que el que se erigirá como fundamento constitucional del anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas era el del artículo 149.1 18º de la Constitución, relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (Apartado III C) 4º)<sup>103</sup>.

La cuestión no es baladí si se tiene en cuenta que la STC 55/2018, de 24 de mayo, ha declarado, en lo que aquí interesa, contrarios al orden constitucional de competencias -que no inconstitucionales- en los términos de su F.J. 7 b) y c) los artículos 129, 130 y 132 LPACAP<sup>104</sup>. Excluye el Tribunal Constitucional tanto que el legislador estatal disponga que la habilitación para el desarrollo reglamentario de una ley sea conferida al «*Consejo de Gobierno respectivo*» como que prevea -siquiera excepcionalmente- la atribución directa a los titulares de las Consejerías del Gobierno autonómico (artículo 129.4 LPACAP). Asimismo, reputa que por su exceso de detalle invade las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en lo que hace a la planificación normativa (artículo 130.2 LPACAP).

---

<sup>101</sup> Decisivas resultaron las propuestas incluidas en el Informe emitido en 2013 por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA). El texto íntegro del mismo se encuentra disponible en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF> [Última visita: 31/7/22].

<sup>102</sup> La reforma ha sido avalada por la OCDE dentro de sus estudios sobre gobernanza pública y tal y como se plasma en el resumen ejecutivo «*España: de la reforma administrativa a la mejora continua*». El texto está disponible en: <https://www.oecd.org/gov/PGR%20Spain%20Resumen%20Ejecutivo.pdf> [Última visita: 31/7/22].

<sup>103</sup> Rechazaba así el artículo 149.1 13º de la Constitución como fundamento de los principios de buena regulación toda vez que no se trataba de «*disciplinar ningún sector concreto de la economía ni ordenar la actividad de los agentes que en ella intervienen, sino, en lo que aquí interesa, establecer unos principios de obligado respeto por las Administraciones Públicas que ejerzan la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria que tienen reconocidas, principios que escapan al ámbito al que en rigor se extiende dicha competencia, cuyo sentido y alcance podrían quedar desvirtuados si se empleara como título en el que fundamentar cualquier actuación normativa del Estado que sólo de forma indirecta o remota tuviera relación con las materias que realmente han de ampararse en él*».

<sup>104</sup> Tal Sentencia trae causa del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y que se fundaba en la vulneración del artículo 68 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LOEAC), referente a las «*funciones, composición, organización y cese*» del Gobierno autonómico.

La consecuencia de todo ello es que las normas concernidas no podrán ser de aplicación más que en el ámbito de la Administración General del Estado, circunstancia ésta que propiciará sin duda una dispersión y mayor heterogeneidad en los instrumentos que en pos de una mayor calidad normativa y mejor regulación puedan articularse.

### 7. Buena regulación y mejor legislación en la Unión Europea.

También en el ámbito de la Unión Europea se ha venido suscitando el interés por la mejora en la calidad normativa. Se habla así de «*better regulation*» en tanto que política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo. Se le distingue del concepto de «*better Administration*» (focalizada en una más depurada y eficaz relación entre Administración y ciudadanos). Y en ambos casos se identifican con «*estrategias de la simplificación procedimental*» a través de las cuales reducir las cargas administrativas<sup>105</sup>.

El instrumento de partida para el desarrollo de las pretendidas mejoras viene dado por el Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación<sup>106</sup>. Sus propuestas se orientan a la «*mejora y simplificación del entorno normativo*» para lo que indica que la normativa «*debería utilizarse solamente cuando sea necesaria y debe ser adecuada y proporcional a la tarea*», habiendo de ser «*transparente y accesible a todo el mundo y lo más simple posible*». Concluye que su aplicación, a nivel europeo, debería «*obedecer al principio de subsidiariedad*».

A partir de entonces han sido múltiples los instrumentos a través de los cuales los principios inspiradores de aquél Informe se han ido desarrollando<sup>107</sup>. Finalmente, el Consejo adoptó el 15 de marzo de 2016 el Acuerdo sobre la mejora de la legislación, firmado el 13 de abril y con entrada en vigor en el mismo día. Su propósito declarado pasa por no restringir su ámbito al funcionamiento de las instituciones comunitarias sino que está llamado a extenderse a ciudadanos y empresas, postulando unas leyes más sencillas de entender y aplicar<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., «*Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento*» en «*Tratado de Procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*» (Tomo II), Coord. por GAMERO CASADO, E., Tirant lo blanch, 2017, pág. 2552.

<sup>106</sup> El Informe final elaborado por el Grupo Mandelkern sobre Mejora de la Regulación está fechado el 13 de noviembre de 2001. Su texto puede encontrarse en: <https://www.parlament.cat/document/intrade/28773> [Última visita: 31/7/22].

<sup>107</sup> En particular, las Resoluciones del Parlamento sobre los Programas «*Legislar mejor*» o las sucesivas Comunicaciones de la Comisión Europea referentes a la Normativa Inteligente.

<sup>108</sup> El texto del Acuerdo se encuentra disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=EN> [Última visita: 31/7/22].

## **8. Los principios de buena regulación en la LPACAP.**

La mayor calidad en la producción normativa puede ser observada desde dos dimensiones. De una parte, la calidad técnica o estrictamente formal, de acuerdo con la cual lo que se demanda es una mayor claridad en la utilización del lenguaje, mejor precisión o evitar la ambigüedad. De otra, la faceta material o, lo que es lo mismo, que se trate de una norma coherente con el ordenamiento jurídico preexistente y que responda a una sistemática lógica.

A ambos aspectos se refieren los principios de buena regulación introducidos por el artículo 129.1 LPACAP y que resultan herederos de los que preveía también con carácter básico el artículo 4 LES. Se exige ahora que en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quede *«suficientemente justificada su adecuación a dichos principios»*. Cabe destacar de los mismos lo que a continuación sigue:

a) Los principios de necesidad y eficacia exigen que la iniciativa normativa esté *«justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución»* (artículo 129.2 LPACAP). Esa necesidad que sirva de justificación a la norma enlaza con la motivación que se demanda de forma específica. Sin perjuicio de lo que sobre tal particular se abundará en el Capítulo IV (a propósito de los límites al riesgo regulatorio en el Derecho interno), debe advertirse que uno de los contenidos de la memoria del análisis de impacto normativo viene dado precisamente por la acreditación de la *«oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas»*, debiéndose incluir *«una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación»* (artículo 26.3 a) LG). Esto es lo que la norma de forma clara establece. Cuestión distinta es la intensidad con la que se exija su cumplimiento en la práctica interpretativa de los Tribunales y las consecuencias que a su omisión o defectuosa satisfacción en su caso se anuden.

b) En cuanto al principio de proporcionalidad, señala el artículo 129.3 LPACAP que *«la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios»*. Se trata de la plasmación del que también aparece como principio de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad en el artículo 4.1 LRJSP y que requiere de su aplicación cuando se trate de implementar medidas limitativas del ejercicio de derechos individuales o colectivos o que exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. En tal sentido,

razona GONZÁLEZ BUSTOS que «cualquier norma debe encontrar el justo equilibrio entre las ventajas que ofrece y las contraprestaciones que imponen, configurándose no sólo como un principio general sino común mandato legislativo»<sup>109</sup>.

c) En íntima conexión con el riesgo regulatorio y sus distintas derivadas se encuentra el principio de seguridad jurídica, respecto del que el artículo 129.4 LPACAP dispone que «la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas». Se trata de un aspecto clave porque esa coherencia no solo debe ser sistemática sino que debe orientarse a impedir contradicciones del tipo de someter a obligaciones cuyo cumplimiento simultáneo resulte incompatible. A mayor estabilidad y predecibilidad, mayor seguridad jurídica. A tal finalidad se adscribe la memoria del análisis de impacto normativo pero también pueden hacerlo -aunque el legislador español no lo exija- otros enfoques como el denominado «Regulatory Impact Assessment», empleado fundamentalmente en el marco de los países de la OCDE para evaluar críticamente los efectos positivos y negativos de las normativas propuestas y existentes así como de las alternativas no normativas<sup>110</sup>.

d) En línea con el artículo 7 LTAIPBG, el artículo 129.5 LPACAP prevé que las Administraciones Públicas habrán de facilitar el «acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración». Además, tendrán que definir «claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos», posibilitando que los potenciales destinatarios «tengan una participación activa en la elaboración de las normas».

e) El último de los principios concernidos, el de eficiencia, tiende a «evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos» (artículo 129.6 LPACAP). Si la iniciativa normativa afectase a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, conforme al artículo 129.7 LPACAP, habrán de cuantificarse también sus repercusiones y efectos, supeditándose al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que contempla la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

---

<sup>109</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., op. cit., pág. 2568.

<sup>110</sup> Un exhaustivo estudio sobre la experiencia internacional en su utilización puede encontrarse en KIRKPATRICK, C. y PARKER, D., «Regulatory impact assessment: Towards better regulation?», Edward Elgar, 2007.

## **9. Planificación y evaluación. Controles “*ex ante*” y “*ex post*” de la actividad normativa.**

La verificación del cumplimiento de los diferentes principios que han sido relacionados se habrá de llevar a cabo tanto “*ex ante*” (ya a través del Informe a emitir por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en relación con la iniciativa normativa y analizando los aspectos que se indican en el artículo 26.9 LG, ya vía planificación de la acción normativa prevista en el artículo 132.1 LPACAP) como “*ex post*” (mediante la evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación conforme a lo dispuesto en el artículo 130 LPACAP). Conviene insistir en todo caso que todo ello, tras la citada STC 55/2018, de 24 de mayo, solo será predicable de la Administración General del Estado y sin perjuicio de lo que las legislaciones autonómicas puedan establecer.

### **9.1 Control “*ex ante*”. Informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa y Plan Anual Normativo.**

Al margen de la relevante -y ya analizada- memoria del análisis de impacto normativo, dos son los instrumentos que permiten un control “*ex ante*”:

a) De una parte, el Informe a emitir por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en el que se analizan los aspectos del artículo 26.9 LG en relación con los anteproyectos de Ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de Real Decreto-ley, los proyectos de Real Decreto Legislativo y los proyectos de Real Decreto de carácter reglamentario. La Oficina es creada por Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre<sup>111</sup>, depende de la Subsecretaría de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y tiene rango de Subdirección General. En el análisis que ha de efectuarse -de carácter no vinculante<sup>112</sup> y que se extiende también a la propia memoria del análisis de impacto normativo- presenta especial interés lo referente a la

---

<sup>111</sup> La Orden PRA/244/2018, de 12 de marzo, determina el 16 de marzo de 2018 como la fecha de su entrada en funcionamiento.

<sup>112</sup> LÓPEZ DONAIRE, B., «Análisis de las últimas novedades en materia de calidad normativa en el ordenamiento a raíz de la Ley 39/2015. Hacia una legislación inteligente», Gabilix. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-LaMancha, (14), 2018, pág. 184. Llama la atención sobre el hecho de que «no se contemple ninguna consecuencia o tacha en la futura norma» para el caso de que «el Ministerio proponente no compart[a] el informe de la Oficina y no justifi[que] las razones por las que las recomendaciones u observaciones no son aceptadas». Admite que «otra solución sería demasiado drástica y no viable» pero anticipa que «desde luego será muy clarificador saber qué Ministerio o Ministerio no se corresponsabiliza con la calidad normativa».

valoración de la «calidad técnica de la propuesta normativa, atendiendo al correcto uso del lenguaje y al cumplimiento de las Directrices de técnica normativa», el dilucidar su congruencia con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, así como determinar si se hace precisa la derogación o refundición de otras normas o se cumple con las obligaciones de transposición del Derecho de la Unión Europea.

b) De otra, la planificación normativa responde el Plan Anual Normativo que habrá de contener las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. El contenido de dicho Plan se describe en los artículos 132 LPACAP y 25 LG<sup>113</sup>, desarrollándose en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa.

El proyecto de Plan Anual Normativo es elaborado por la mentada Junta para su elevación al Consejo de Ministros. A tal efecto, le habrán de ser remitidos por los distintos departamentos ministeriales las iniciativas normativas que hayan de incorporarse, así como una relación de proyectos normativos que hayan de ser objeto de evaluación posterior. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente (artículo 132.2 LPACAP)<sup>114</sup>.

Se requerirá la identificación de las normas que han de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a éstos. Asimismo, resulta significativa la necesidad de justificar en la memoria del análisis de impacto normativo el hecho de que la propuesta normativa que se eleva para su aprobación por el órgano competente no estuviera incluida en el Plan Anual normativo (artículo 25.3 LG). Nuevamente, está por ver el grado de fiscalización que respecto de tal obligación se produce así como el nivel de exigencia que jurisdiccionalmente al respecto se alcanza.

---

<sup>113</sup> Tras la reforma operada por la Disposición Final 3.12 LRJSP.

<sup>114</sup> Hasta el momento se han elaborado cuatro Planes Anuales Normativos, correspondientes a los años 2018, 2020, 2021 y 2022. Su texto íntegro puede encontrarse de forma respectiva en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:8efdb75e-5f29-4dab-9e5c-77b1bfa8ac67/PAN-2018.pdf> (año 2018); <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf> (año 2020); [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/310821-PLAN\\_ANUAL\\_NORMATIVO\\_2021.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/310821-PLAN_ANUAL_NORMATIVO_2021.pdf) (año 2021) y <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/PAN%202022.pdf> (año 2022) [Última visita: 31/7/22].

## **9.2 Control “ex post”. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.**

Al mismo se refiere el artículo 130 LPACAP cuando prevé la evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación. Establece para ello la revisión periódica por parte de las Administraciones Públicas de su normativa vigente a fin de adaptarla a los principios del artículo 129 LPACAP y para comprobar la justificación de su coste y cargas (nuevamente, debe entenderse limitado a la Administración General del Estado en virtud de la STC 55/2018, de 24 de mayo). El resultado de la evaluación debe plasmarse en un informe que «*se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente*» (artículo 130.1 LPACAP). De sumo interés resulta el que se contemple, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de la Administración de promocionar el «*análisis económico en la elaboración de las normas*» y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

En cuanto al órgano al que compete la elaboración del proyecto de informe anual de evaluación normativa, debe estarse al artículo 4.1 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo. Así, es la Junta de Planificación y Evaluación Normativa la que ha de llevarlo a cabo, reflejando el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el Plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa. Se elevará al Consejo de Ministros para, una vez aprobado, ser publicado en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado.

Cabe advertir que son los propios Ministerios los que deben seleccionar las normas que serán objeto de evaluación “*ex post*”. A modo de criterios orientadores para que tal selección se efectúe, el artículo 3.1 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, contempla los de aquellas iniciativas normativas que tengan impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma, así como las que están llamadas a producir efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas.

Nuevamente, surgen dudas acerca de la verdadera eficacia de las previsiones referentes al control de calidad normativa. A nivel doctrinal, se aprecia un cierto pesimismo al destacarse particularmente la ausencia de carácter vinculante de la previsión de iniciativas o evaluaciones tanto en el Plan Anual Normativo como del Informe Anual de Evaluación<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> EMBID TELLO, A.E., «*Calidad normativa y evaluación ex-post de las normas jurídicas*», Revista General de Derecho Administrativo, (50), 2019.

## 10. La fiscalización jurisdiccional de los mecanismos de control de la buena regulación.

Sin perder de vista el papel que el Consejo de Estado puede estar desempeñando en materia de control “*ex ante*” de la calidad de las normas<sup>116</sup>, la fiscalización de los controles que se han venido exponiendo corresponderá a la Jurisdicción contencioso-administrativa y, con el matiz que luego se dirá, al Tribunal Constitucional (cuando de la impugnación de normas con rango de ley se trate). En tal sentido y en atención al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo esquema implementado para controlar la buena regulación, resultaría precipitada una valoración definitiva. Sea como fuere, cabe pensar que de forma paulatina los principios que se han ido exponiendo y los mecanismos para hacerlos valer irán impregnando no solo el proceder de la Administración General del Estado en la producción normativa sino también el análisis que de los mismos se haga por los Tribunales.

Son de destacar en este punto sendas resoluciones del Tribunal Supremo en las que la “*ratio decidendi*” ha girado precisamente en torno a la omisión o insuficiencia de determinados apartados de la memoria del análisis de impacto normativo<sup>117</sup>.

a) De un lado, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 4ª) N° 350/2019, de 15 de marzo (rec. 618/2017). Ésta anula el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil. Lo hace por cuanto se habría desconocido la exigencia de que en la memoria del análisis de impacto normativo se incluyera cualquier extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente y, atendiendo al objeto de la disposición impugnada, prestar especial atención al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Se concluye la nulidad de la disposición reglamentaria al considerar relevante la omisión del informe preceptivo en el entendimiento de que se traduciría en una «*inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia*» [F.D. 3º].

---

<sup>116</sup> NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, I., «*Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015*», Revista Vasca de Administración Pública, (109), septiembre - diciembre 2017, pág. 403. Resalta las «*sugerencias y observaciones en sus memorias anuales sobre la actividad normativa del gobierno*» y, en concreto, el que en ocasiones se ha señalado que «*las Memorias de análisis de impacto “no son suficientemente expresivas”, hay veces que “se omiten informes” o “se llevan a cabo audiencias incompletas”*».

<sup>117</sup> Aplican estas Sentencias el entonces vigente Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regulaba la memoria del análisis de impacto normativo.

b) De otro, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 4ª) Nº 2569/2016, de 12 de diciembre (rec. 903/2014). En virtud de la misma se anula el Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista. La razón para decidir pasa por afirmar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria económica que debe acompañar a las disposiciones reglamentarias, *«sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos (en este caso, de naturaleza económica o presupuestaria) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente»* [F.D. 7º]. Y añade que cabe declarar nulo el reglamento no solo en los casos en los que *«carezca por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad)»* [F.D. 7º].

Una observación importante en todo caso debe hacerse. Los ejemplos que acaban de exponerse se refieren al control por la jurisdicción contencioso-administrativa de omisiones o insuficiencias en el proceso de elaboración de reglamentos. Como se ha expuesto, aun no consta que se haya demandado ante los Tribunales la aplicación de los otros mecanismos de control de la calidad normativa o a través de los cuales tratan de hacerse efectivos los principios de buena regulación. Sin embargo, sí que ha de advertirse de la disfunción que cabe predicar entre disposiciones normativas con rango de ley o aquéllas de inferior rango a ésta.

Ello por cuanto el Tribunal Constitucional viene declarando desde la STC 109/1987, de 29 de junio, que *«el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»* [F.J. 3º c]. Así, *«el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica»* ni puede tampoco aceptarse que *«la Constitución imponga soluciones únicas y exclusivas suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador»* [STC 226/1993, de 8 de julio].

En consecuencia, esa depuración técnica puede ser fiscalizada por los Tribunales en el caso de las disposiciones con rango inferior a la ley pero no puede esperarse que haga lo propio el Tribunal Constitucional cuando conozca de recursos de inconstitucionalidad contra *«leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley»* (artículo 161.1 a) de la Constitución). Esa disfunción enfrenta un problema adicional. Y es que uno de los principios de buena regulación

concernidos es el de seguridad jurídica (artículo 129.4 LPACAP). De hecho, es quizá el de mayor relevancia por cuanto tiene de garantía al ejercicio de la iniciativa normativa de forma coherente con el resto del ordenamiento jurídico y de cara a generar un «*marco estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre*». Sucede que ese principio de buena regulación ex artículo 129.4 LPACAP es también un principio constitucional de los relacionados en el artículo 9.3 de la Constitución. Puede así concluirse que cuando de hacer valer la mentada finalidad se trata sí que debe el Tribunal Constitucional entrar a conocer de cómo con una defectuosa técnica legislativa o a través de una producción normativa generadora de incertidumbre se debilita la seguridad jurídica.

Lo contrario haría ilusorio todo propósito de control normativo de las normas máxime si se tiene en cuenta la inexistencia de previsión específica que contemple las consecuencias que han de comportar la vulneración de los principios de buena regulación.

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO IV**

### **LÍMITES AL RIESGO REGULATORIO EN EL DERECHO INTERNO**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## IV. LÍMITES AL RIESGO REGULATORIO EN EL DERECHO INTERNO

### 1. Consideración previa.

Se ha afirmado que la opción jurídica en la que el riesgo regulatorio se traduce no deja de representar una construcción judicial adecuada para un contexto o ámbito determinado (señaladamente, el de los sectores regulados o sujetos a una mayor o menor intervención administrativa). También se han dejado señalados aquéllos mecanismos que desde el punto de vista de la producción normativa pueden redundar en una menor incertidumbre. En todo caso, descartado que pueda preservarse de forma indefinida el régimen jurídico establecido al socaire del logro de una mayor seguridad jurídica, procede concretar los límites dentro de los que ha de desenvolverse el riesgo regulatorio.

En los Capítulos siguientes se abordará, en primer lugar, cuáles son -o habrían de ser- tales límites en la forma en la que resultan exigidos por el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo con arreglo a nuestro Derecho interno. En segundo término, la forma en que se articula por el Tribunal de Justicia el principio de confianza legítima, su incidencia decisiva sobre los derechos que pudieran eventualmente derivarse del cambio normativo y las diferentes consecuencias que se observan entre su abordaje y el de nuestros Tribunales. Finalmente, el análisis se centrará en las disfunciones entre tales fiscalizaciones y las que se efectúan por las Cortes de Arbitraje en reclamaciones en las que España se encuentra concernida.

La primera etapa de este recorrido discurre principalmente por los principios constitucionales de seguridad jurídica e irretroactividad proclamados en el artículo 9.3 de la Constitución. También lo hará por los principios de confianza legítima y buena fe que, si bien no aparecen consagrados a nivel constitucional, sí que son objeto de reconocimiento legal (artículo 3.1 e) LRJSP). No se perderá de vista la relevancia de justificar la razón de ser de las normas, el por qué de lo necesario de disponer regímenes transitorios en su aplicación y se proyectarán principios propios del ámbito iusprivatista (tales como «*rebus sic stantibus*» o «*venire contra factum proprium non valet*») que pueden de forma respectiva ya ilustrar analógicamente el entendimiento de las relaciones entre Administración y administrado a resultas de un cambio normativo fundado en una pretendida alteración extraordinaria de las circunstancias, ya abocar a establecer una vinculación respecto de actuaciones administrativas previas realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada.

## **2. El principio de seguridad jurídica.**

Al igual que sucede con la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta habitual esgrimir el principio de seguridad jurídica en apoyo o defensa de todo tipo de argumentos. Las contribuciones doctrinales en torno al mismo son innumerables como lo son las ocasiones en las que la doctrina constitucional o legal ha tenido ocasión de precisar sus contornos. No se persigue, pues, aportar algo original en un ámbito extensamente cultivado sino de perfilar hasta dónde puede alcanzar tal seguridad jurídica cuando de modificaciones normativas se trata o, en lo que aquí particularmente interesa, hasta qué punto puede ceder ante una eventual utilización extensiva del concepto del riesgo regulatorio.

Define BERMEJO VERA la seguridad jurídica como la *«expectativa del ciudadano, razonablemente fundada, sobre cuál ha de ser la actuación del Poder en la elaboración y en la aplicación del Derecho por todos los operadores jurídicos, muy especialmente aquellos que están dotados de potestad pública, administrativa o jurisdiccional»*<sup>118</sup>. Seguridad jurídica se identifica así con previsibilidad y certidumbre tanto en las normas como en la aplicación de las mismas. Con ello puede el administrado, como apunta MINGORANCE MARTÍN, *«adaptar rectamente su conducta al sentido de la norma, con lo que las expectativas derivadas de esta conducta no se vean defraudadas por ulteriores cambios normativos»*<sup>119</sup>.

No resulta aventurado afirmar que sin seguridad jurídica no es posible la estabilidad económica y social. La certeza en el Derecho y su aplicación se convierte en elemento indispensable para atraer inversiones y promover la confianza de los operadores económicos.

### **2.1 Principio informador o valor superior del ordenamiento.**

La distinción entre valores superiores y principios informadores del ordenamiento jurídico no ha sido definitivamente resuelta. Tampoco se colige ésta del texto constitucional. Los valores del artículo 1.1 de la Constitución expresan las mas elevadas aspiraciones del ordenamiento mientras que el artículo 9.3 representa aquellos principios generales del Derecho que el constituyente ha entendido conveniente positivizar.

---

<sup>118</sup> BERMEJO VERA, J., *«El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural»*, Thomson-Civitas, 2005, págs. 42-43.

<sup>119</sup> MINGORANCE MARTÍN, C., *«Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales»*, Revista Andaluza de Administración Pública, (87), septiembre-diciembre 2013, pág. 166.

Al margen de la genérica referencia a la seguridad contenida en el Preámbulo de la Constitución, la seguridad jurídica no aparece plasmada dentro de los valores superiores del ordenamiento jurídico sino junto con el resto de los principios constitucionales que el artículo 9.3 garantiza. Tampoco se configura como un derecho fundamental y, por tanto, no cabe su invocación directa a través del recurso de amparo (artículo 53.2), sin perjuicio de que pueda guardar en algunos supuestos conexión con derechos que sí lo sean como, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva (en tal sentido, la STC 119/1988, de 20 de junio).

Valores y principios, a diferencia de cualquier norma jurídica, no contienen mandatos. Los primeros carecen de estructura interna pero fijan los fines a los que se enderezan. Los segundos ofrecen un menor grado de abstracción aunque sí presentan estructura jurídica. Lo que parece evidente es que el Derecho positivo encuentra en la seguridad jurídica su verdadero fundamento. Es por ello por lo que debe concluirse que resulta predicable del principio de seguridad jurídica la suficiente «densidad prescriptiva»<sup>120</sup> como para ser equiparado a los valores superiores. En tal sentido, se trata de un valor decisivo para la operatividad del Estado de Derecho. O, como indica CASTILLO BLANCO, puede ser conceptuado como «valor constitucional ordinario, valor instrumental, secundario, fundante, valor de forma... en relación a otros principios como la justicia, la dignidad humana o la libertad»<sup>121</sup>.

Se dejó ya apuntada en el Capítulo precedente la concepción de CASERO BARRÓN en torno a los cánones, máximas jurídicas o brocardos como principios informadores del ordenamiento. Proyectándola sobre lo que ahora se analiza y aun cuando se admita que tanto el realismo jurídico -siguiendo a SUSTEIN- como la escuela «legal process» o del procedimiento legal o normativo convengan en que «los cánones no suponen que la interpretación judicial llegue a estar predeterminada de un modo mecánico», sí que se les otorga «valor como reglas generales o informadoras, señalando los posibles significados que el lenguaje legal puede tener en el contexto»<sup>122</sup>. Sobre tal base, a los mismos se les podría atribuir el carácter de principios informadores de la legislación (en el sentido que expresa el artículo 1.4 del Código civil) o, incluso, servir de garantes de «principios democráticos de convivencia», de la «separación de poderes» o actuar como «mecanismo de corrección democrática».

---

<sup>120</sup> BELADÍEZ ROJO, M., «Los principios jurídicos», Civitas, 1994, pág. 146. La «densidad normativa» es el criterio del que se sirve para distinguir a valores y principios como categorías jurídicas distintas.

<sup>121</sup> CASTILLO BLANCO, F.A., «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, pág. 38. La referencia a «valor de forma frente a la justicia como valor de fondo» constituye una cita a CASTÁN TOBEÑAS, J., «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho», Reus, 1947, pág. 178.

<sup>122</sup> CASERO BARRÓN, R., op. cit., págs. 133, 153 y ss.

Ello culmina en lo que se presenta como una «*teoría postmoderna de los cánones jurídicos*» de acuerdo con la cual, y superando a la teoría liberal (donde los cánones actuarían «*a modo de causa-efecto*»), esto es, condicionando el resultado a alcanzar por el intérprete, mecanizando la labor del Juez), los cánones representarían un «*régimen interpretativo a través del que el tribunal manifiesta la ideología subyacente que se encuentra en los casos que implican interpretación de la ley*». Esta ideología no estaría concebida como un conjunto de prejuicios políticos sino como un «*portal de sentimientos acerca del mundo, de la ley y del papel del tribunal que continuamente esta evolucionando, que no se puede ver como estático sino inmerso en un proceso dinámico*».

## **2.2 Vertientes y dimensiones de la seguridad jurídica.**

Al hilo de lo que antecede, debe resaltarse que dos son las vertientes que cabe predicar de la seguridad jurídica: la objetiva, en tanto que garantía de certeza de la norma<sup>123</sup>, y la subjetiva, entendida como previsibilidad de la misma. Tal planteamiento es presentado por PÉREZ LUÑO distinguiendo entre seguridad objetiva o atinente a las normas e instituciones del sistema jurídico en su conjunto (seguridad “*stricto sensu*”), y la subjetiva, concebida como proyección sobre las situaciones personales de los administrados de la seguridad objetiva que requiere de la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios<sup>124</sup>.

La seguridad jurídica exigirá, pues, de una estabilidad del sistema en su globalidad pero también de una predictibilidad en la aplicación de las normas que éste produce. Alude por ello BERMEJO VERA<sup>125</sup> a una triple dimensión, garantizando la primera la «*correcta elaboración del Derecho adecuado y justo (seguridad jurídica ex ante)*»; la segunda, la estabilidad de las fórmulas e instrumentos que articulan los distintos ordenamientos (así como una «*impecable ejecución de tales reglas*»), mientras que la tercera afectaría al Poder Judicial.

Todo ello, además, sin perder de vista que la seguridad jurídica no es un valor absoluto sino que ha de ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos<sup>126</sup>. Esto -como

---

<sup>123</sup> BOBBIO, N., «*La certezza del diritto é un mito?*», Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, (28), 1951, p. 150. Categóricamente llega a expresar que «*el Derecho es seguro o no es ni siquiera Derecho*».

<sup>124</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., «*La seguridad jurídica*», Ariel, 1991, págs. 140-142.

<sup>125</sup> BERMEJO VERA, J., op. cit., pág. 60.

<sup>126</sup> STC 182/1997, de 28 de octubre [F.J. 13°].

a continuación se desarrollará- se pone especialmente de manifiesto en el abordaje que la doctrina constitucional efectúa de la potestad innovativa del ordenamiento jurídico.

En este punto, siquiera con una finalidad introductoria por cuanto se trata de un concepto que será analizado más detalladamente en los próximos Capítulos (fundamentalmente, como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros<sup>127</sup>), ha de traerse a colación la noción de «orden público» y su íntima relación con la seguridad jurídica desde el momento en que ambos se presuponen y no puede predicarse la existencia de uno sin la otra. Caracteriza el Tribunal Constitucional el orden público tanto desde una perspectiva material como procesal:

-En lo que hace al orden público material, éste se entiende como el «conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada» [SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio y 54/1989, de 23 de febrero].

-Por lo que respecta al punto de vista procesal, el orden público se configura como el «conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal» [por todas, STC 46/2020, de 15 de junio].

El propio Tribunal Constitucional admite que el concepto de orden público es «poco nítido» y advierte que ello «multiplica el riesgo» de que pueda ser objeto de una interpretación extensiva. Esto es lo que precisamente en fecha reciente le ha llevado a estimar una serie de recursos de amparo interpuestos contra resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en procedimientos de anulación de laudos arbitrales<sup>128</sup>. Lo ha hecho entendiendo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales) y concluyendo que se incurría en una «irrazonable extensión de la noción de orden público»<sup>129</sup> ya al denegar la petición de archivo del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión (se privaba de virtualidad a los acuerdos alcanzados entre las partes para desistir del procedimiento pese a la inexistencia de norma prohibitiva alguna), ya entrando a conocer del fondo de la cuestión debatida en el arbitraje (en vez de limitarse a fiscalizar los posibles errores «in procedendo» o la ausencia de motivación).

---

<sup>127</sup> Ex artículo V.2 b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

<sup>128</sup> En tal sentido, SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero y 65/2021, de 15 de marzo.

<sup>129</sup> El artículo 41.1 f) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), prevé que el laudo pueda ser anulado cuando se prueba que «es contrario al orden público».

### **2.3 Breves consideraciones en relación con el Derecho comparado.**

Dos enfoques que resultan interesantes para comprender la seguridad jurídica allende nuestras fronteras son los correspondientes al Derecho italiano y alemán.

En lo que hace a Italia, la Constitución de 1948 no lo reconoce expresamente. Sin embargo, éste habría encontrado aplicación no solo en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado sino también de Derecho Público, ya sea entre legislador y administrados, ya entre las distintas Administraciones territoriales. Como apuntan IMMORDINO y MODICA, la jurisprudencia lo habría recogido como una «*subspecie de tutela de la “confianza” del ciudadano en la “certeza jurídica”*»<sup>130</sup>. Ello se ha traducido en una protección del ciudadano especialmente ante decisiones económicas (de forma singular, la actividad de fomento) así como en lo que respecta a la estabilidad de relaciones ya articuladas. Y se ha hecho efectivo bien acudiendo al principio de equidad<sup>131</sup>, bien subordinando la seguridad jurídica a los específicos preceptos constitucionales concernidos.

Por lo que respecta a Alemania, de sumo interés resulta el hecho de que para el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) la protección de la seguridad jurídica se incardine en la cláusula de Estado de Derecho del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn. Tal cláusula comprendería a la seguridad jurídica y, ésta, a su vez, tendría como manifestación mas expresiva la de la confianza legítima. Sin embargo, la protección de esta última encuentra su fundamento constitucional en los derechos fundamentales, cuyo contenido aparece perfilado de forma más precisa que el de la cláusula de Estado de Derecho. Pero en todo caso posibilita que se relacione la protección de la confianza legítima (y, con ella, de la seguridad jurídica) con el derecho fundamental que en cada caso se hubiere afectado<sup>132</sup>.

### **2.4 Seguridad jurídica y doctrina del riesgo regulatorio.**

En la disyuntiva entre la potestad de innovar el ordenamiento jurídico y la protección de la seguridad jurídica -ya se entienda como valor o como principio, con o sin afectación de

---

<sup>130</sup> IMMORDINO, M. y MODICA, C., «*El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico italiano*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, pág. 284.

<sup>131</sup> Artículo 3.1 de la Constitución italiana.

<sup>132</sup> Un interesante estudio sobre la evolución de la doctrina constitucional alemana puede encontrarse en: SCHNEIDER, J.P., «*Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002.

derechos fundamentales- tanto nuestro Tribunal Constitucional como la Sala Tercera del Tribunal Supremo se han decantado de forma resuelta por la primera. El recurso al concepto de riesgo regulatorio les ha sido para ello de gran utilidad. Al entender que el mismo concurre (y basta en la mayoría de las ocasiones para así apreciarlo considerar el ámbito en el que la modificación normativa se produce), se debilita la exigencia de certeza en la norma y se presume que el administrado había de intuir que la misma no era predecible.

Los pronunciamientos más destacados han venido recayendo esencialmente en el ámbito de los sectores regulados (señaladamente, en el eléctrico). Se está entonces ante normas incitativas de la actividad de los operadores, esto es, medidas de fomento respecto de las que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sienta como regla general de principio el que no existe «un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones»<sup>133</sup>.

Parece lógico que no puede pretenderse disponer de un determinado régimen retributivo o disfrutar de medidas de fomento de forma indefinida. Sin embargo, la afectación que modificaciones normativas sobre los mismos genera pueden ser -han sido, de hecho- de muy distinta intensidad. Los términos categóricos en los que la teoría del riesgo regulatorio se acoge por el Tribunal Supremo parecen no dejar espacio a la protección efectiva del principio de seguridad jurídica. Con independencia de la gravedad de la innovación del ordenamiento jurídico que tenga lugar ésta se justificará por producirse en un ámbito sujeto a intervención administrativa.

¿En qué se traduce la seguridad jurídica entonces? ¿Qué hay de la certeza de la norma o de la posibilidad de exigir una determinada predictibilidad en su aplicación? ¿Debe el administrado aceptar en todo caso lo contingente de su situación jurídica?

Las respuestas a tales cuestiones -ya se anticipa- no debieran pasar por afirmar que el riesgo regulatorio diluye o atempera en todo caso la seguridad jurídica. El diagnóstico de situación puede estar claro (existen determinados sectores sujetos a una gran volatilidad y precisan de una continua adaptación a la realidad). Pero el tratamiento no puede ser siempre el mismo o aplicarse de forma indiscriminada.

---

<sup>133</sup> Por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 12 de abril de 2012 (rec. 40/2011).

## **2.5 Potestad normativa innovativa y seguridad jurídica en el Tribunal Constitucional.**

Para el intérprete supremo de la Constitución, desde hace más de tres décadas, la potestad legislativa *«no puede permanecer inerte ni inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone, so pena de consagrar la congelación del ordenamiento jurídico o la prohibición de modificarlo»* (STC 99/1987, de 11 de junio). Admite que con el cambio pueden afectarse situaciones jurídicas preexistentes si bien precisa que solo serían inconstitucionales las modificaciones del ordenamiento que *«incurrieran en arbitrariedad o en cualquiera otra vulneración de la Norma suprema»* (STC 99/1987, de 11 de junio).

De esta forma, el principio de seguridad, en sí mismo considerado, no puede oponerse al cambio normativo. Además, al mismo tampoco se le atribuye un *«valor absoluto»* ya que de ser así se considera que se produciría también la *«congelación del ordenamiento jurídico existente»* (STC 126/1987, de 16 de julio). No existe, pues, un derecho del ciudadano al mantenimiento de un determinado régimen o situación jurídica (STC 27/1981, de 20 de julio). Pero, sin embargo, sí que debe protegerse la confianza de aquéllos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles en tanto que la retroactividad posible de las normas concernidas *«no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad»* (STC 150/1990, de 6 de noviembre). Serían finalmente las *«circunstancias específicas que concurran en cada caso»* y el *«grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad»* (STC 126/1987, de 16 de julio).

Sucede no obstante que en el análisis caso por caso la seguridad jurídica pasa a ocupar un muy discreto segundo plano, primándose las razones que el poder normativo ofrece para justificar la necesidad de la innovación. Tal es lo sucedido en la serie de pronunciamientos de la Sala Tercera relativos a las modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables - cuyo comentario se realizó en el Capítulo I- y que se terminan amparándose en la STC 270/2015, de 17 de diciembre. La proyección que de la doctrina constitucional se efectúa parece llevar al Tribunal Constitucional a asumir de forma acrítica tanto las razones del legislador (en concreto, el propósito expresado en el Preámbulo del Real Decreto-ley de *«evitar la sobre-retribución»*) como la idoneidad de la reforma para atender a esa finalidad.

Es por ello por lo que, sin mayor razonamiento específico sobre tal particular, colige que se está ante un *«ámbito sujeto a un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales»* y, por ende, frente a un *«complejo sistema regulatorio»* que hace que no pueda pretenderse, sin más, que *«los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los*

*poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica»* [F.J. 7 a)]. Así las cosas, nuevamente, el carácter regulado del ámbito en el que la controversia se genera justifica el notable debilitamiento -sino la ablación- de principios constitucionales.

Sin analizar las expectativas generadas en los inversores o, menos aún, si estos ostentaban algún derecho que pudiese verse afectado desfavorablemente de forma retroactiva, califica como *«esperada»* la modificación (lo hace “*a sensu contrario*” al no reputarla *«inesperada»*) y afirma que no resultaba *«imprevisible para un “operador económico prudente y diligente”*» si se atendían a unas *«circunstancias económicas»* (que no detalla) y a la *«insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico»* [F.J. 7 a)]. Consiguientemente, se está avalando, sin ningún tipo de reserva, la aptitud de las medidas para conseguir el objetivo que se señala como prioritario. Se está adivinando la mayor o menor previsibilidad de una modificación y se está utilizando un concepto jurídico indeterminado, como es el del *«operador económico prudente y diligente»*, pese a que -como en el propio Voto particular se advierte- no podía precisarse que se estuviera en presencia de un *«operador económico estándar a partir del cual hacer una ponderación sobre su nivel de diligencia o prudencia inversora»* por cuanto los operadores económicos implicados eran muy variados e incluían también a *«pequeños inversionistas»*.

No cabe, en definitiva, a través del carácter abstracto del control de constitucionalidad efectuar una valoración real de los distintos elementos en presencia. Discernir, con tales factores, sobre la certeza del Derecho o su predecible aplicación, acaba convirtiéndose en un voto de confianza en el legislador. Cualesquiera que sean los motivos que se esgriman para justificar la norma resultarán plausibles e imposibles de fiscalizar eficazmente. La seguridad jurídica acabará siendo lo que el legislador decida y no lo que el constituyente podría prever.

## **2.6 Innovación normativa y seguridad jurídica para el Tribunal Supremo.**

Las afirmaciones precedentes son fácilmente extrapolables al control de legalidad ordinario que por la Sala Tercera se efectúa. De todo ello se dejó buena muestra en el Capítulo I con ocasión de las modificaciones en los incentivos a las energías renovables operadas en los años 2010 y 2013. El Tribunal Supremo no solo avaló en un primer momento los cambios retributivos (mediante la variación de parámetros de las primas o incentivos) sino que acabó amparando la derogación del régimen retributivo especial aun sin que se contemplaran medidas transitorias o compensatorias de tipo alguno. Lo hizo, eso sí, no sin Votos particulares que aludían fundamentalmente a la afectación del principio de irretroactividad (sobre el que luego se

abundará). Y lo materializó sin tan siquiera plantear cuestión prejudicial pese a las más que razonables dudas que podrían suscitarse sobre la compatibilidad de la modificación de los incentivos con respecto a la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad<sup>134</sup>.

## **2.7 Seguridad jurídica y su necesaria contextualización en otros principios constitucionales**

Cuanto precede aboca a cierto grado de pesimismo acerca de aquello en lo que se haya de traducir la seguridad jurídica en nuestra doctrina constitucional y legal. En todo caso, en la búsqueda de los límites dentro de los que haya de desenvolverse el riesgo regulatorio debe introducirse un importante matiz. La seguridad jurídica, como el resto de los principios constitucionales relacionados en el artículo 9.3 de la Constitución, no son «*compartimentos estancos*» sino que, «*al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho*» [STC 27/1981, de 20 de julio (F.J. 10º)].

En concreto, de la seguridad jurídica se afirma por el Tribunal Constitucional que es «*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad*». No obstante, advierte que «*si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*» [STC 27/1981, de 20 de julio (F.J. 10º)].

Parece claro que la seguridad jurídica no puede confundirse con la permanencia de las normas o estabilidad del marco jurídico. Sin embargo, la invocación que de tal principio se haga sí que debería llevar a analizar el resto de principios con los que se relaciona e, incluso, como en la dogmática alemana, verificar si existe algún derecho fundamental afectado. No resulta deseable un mero conformismo con la voluntad que el legislador expresa y la motivación que explicita. Como tampoco que sean los Tribunales los que rebajen el estándar de protección al albur de juzgar las decisiones de los operadores económicos con parámetros no contemplados en el momento en el que la inversión se produjo.

---

<sup>134</sup> Ésta tiene como objetivo «*fomentar un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior de la electricidad y sentar las bases de un futuro marco comunitario para el mismo*» (artículo 1). Para ello se prevé la necesidad de promover la «*confianza de los inversores*», especialmente en términos de coste, preveyendo «*unos períodos transitorios suficientes de al menos siete años*» (Considerandos 14 y 16).

### **3. La legítima confianza como corolario del principio de seguridad jurídica. La legítima confianza como límite al riesgo regulatorio o el riesgo regulatorio como límite de ésta.**

#### **3.1 Breve apunte sobre su origen.**

El principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho alemán si bien fue su recepción por el Derecho de la Unión Europea el que dio lugar a su extensión por los Estados miembros. Los artículos 20.3 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn articularon tal principio (*Vertrauensschutz*) como derivación del principio de seguridad jurídica. Su aplicación inicial se ceñía a servir de límite para la revisión de actos administrativos<sup>135</sup> aunque su empleo se ha extendido a propósitos más ambiciosos como el de restringir la actividad normativa en supuestos en los que pudieren verse afectadas situaciones jurídicas agotadas<sup>136</sup>.

Ya sea como límite a las facultades de la Administración o del legislador, ya sea como derivación del principio de seguridad jurídica o en conexión con el de irretroactividad, la confianza legítima se ha convertido en un argumento recurrente. Cuestión distinta -como se verá- es lo moldeable que resulta y la distinta intensidad con la que los requisitos que se demandan para su operatividad se exigen.

#### **3.2 La confianza legítima en el ordenamiento jurídico español.**

A diferencia del principio de seguridad jurídica, la confianza legítima no aparece constitucionalizada. Su recepción normativa tiene lugar en el artículo 3.1 LRJPAC al establecer que las Administraciones Públicas debían respetar en su actuación los «*principios de buena fe y de confianza legítima*». Con la LRJSP también se dispone que esos dos principios -junto al de lealtad institucional- deben ser observados en la actuación y relaciones de las Administraciones Públicas (artículo 3.1 e) LRJSP).

---

<sup>135</sup> La Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín de 14 de noviembre de 1956 es generalmente considerada como la primera aplicación práctica del principio. El supuesto de hecho consistía en la obtención por parte de la viuda de un funcionario residente en la República Democrática Alemana de un certificado por el que la Consejería del Interior de Berlín le indicaba que tendría derecho a pensión en Berlín Oeste caso de establecer allí su nueva residencia. Si bien así fue en un principio, tras comprobarse que no reunía los requisitos para tal prestación, le fueron reclamadas las cantidades ya satisfechas. La invocación de la vulneración de principio de confianza legítima fue acogida al constatarse que fue el acto exterior representado por la mentada certificación el que motivó tanto el traslado de domicilio como la consiguiente asunción de gastos.

<sup>136</sup> La conexión entre confianza legítima e irretroactividad se encuentra ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán N° 26, de 19 de diciembre de 1961, en la que se declara que las normas tributarias retroactivas serían inconstitucionales [F.J. 11°].

No obstante, antes de que el legislador incorporase el principio, éste ya venía siendo esgrimido ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa y empleado por los mismos con referencias a su recepción por el Tribunal de Justicia de la Unión<sup>137</sup>. Actualmente, habría de adscribirse a dos finalidades:

-De una parte, frente a la actuación administrativa en general y no circunscrita a la revisión de actos administrativos nulos o anulables<sup>138</sup>. La Administración no podrá apartarse de signos o hechos externos producidos con anterioridad y que resulten suficientemente concluyentes como para confiar en la forma en que procederá en el futuro. Tal apartamiento habría, en su caso, de justificarse en una norma imperativa sobrevenida o exigida por un interés público emergente. Además, dentro de ese actuar administrativo ha de comprenderse el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de la consolidada doctrina legal que afirma la inexistencia de *«principio de derecho, ni precepto legal alguno que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados»* toda vez que afirmar lo contrario sería tanto como consagrar la *«congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación»*<sup>139</sup>.

-De otra (que es la que aquí interesa especialmente), para oponerse al legislador y a todas aquellas innovaciones normativas abruptas que afecten a situaciones jurídicas consolidadas. Se estaría de esta forma ante un *«título para indemnizar un cambio normativo»* por *«daños paraexpropiatorios»*<sup>140</sup>. Sucede no obstante que el principio de confianza legítima, por sí mismo, como antes se observó con el de seguridad, no es suficiente para garantizar un determinado *«statu quo»* normativo por más que intereses de los administrados puedan ser afectados.

---

<sup>137</sup> Muestra de ello lo encontramos en litigios en los que se oponía la confianza legítima como límite a la revocación de acto administrativo [Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 24 de mayo de 1998] o como fundamento de la prórroga de subvenciones sobre la base de haber resultado beneficiarios de las mismas centros docentes en cursos anteriores y haber dispuesto medios personales y materiales en razón de tales precedentes [Sentencia de la Sala Tercera de 15 de junio de 1990].

<sup>138</sup> A la que aluden los artículos 106 y 107 LPACAP y que encuentra entre sus límites el de buena fe conforme al artículo 110 LAPCAP.

<sup>139</sup> Pronunciamientos en tal sentido se encuentran ya en las Sentencias de la Sala Tercera de 23 de mayo de 1985 y 22 de octubre de 1987.

<sup>140</sup> BAÑO LEÓN, J.M., op. cit., pág. 88. Precisa este autor que podría añadirse también como finalidad de la confianza legítima la de limitar la discrecionalidad en el cambio normativo. Plantea que se sobrepasaría el *«ámbito de libre configuración de su discrecionalidad si ignora los intereses dignos de protección de quienes confiaron en la permanencia de la norma»* y sostiene que ello abocaría a que el *«autor de la norma [...] dicte una nueva que tenga en cuenta medidas de compensación o transitorias»*.

### 3.3 Estructura del principio y requisitos para su operatividad.

El principio de confianza legítima se configura sobre la base de los tres presupuestos que a continuación siguen:

a) En primer lugar, la existencia de un proceder administrativo no contrario al ordenamiento jurídico del que quepa razonablemente inferir una actuación futura. Ésta ha de fundarse en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes como para inducir al administrado a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela. Dentro de esa actuación administrativa cabe incluir lógicamente el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en lo que aquí interesa, protagonizada por la sucesión temporal de las normas. No faltan aportaciones - como la de TARDÍO PATO- que también predicán la aplicación del principio cuando se trata de «cambios interpretativos de las normas» protagonizados por los órganos jurisdiccionales<sup>141</sup>.

Al respecto, y abriendo un paréntesis en la exposición que permita el desarrollo de esta cuestión, se advierte de entrada que con la locución «*stare decisis*» se alude a estar o seguir según lo ya decidido, de forma tal que se genere una obligación para el justiciable y una vinculación para el órgano judicial de estar al criterio ya expresado. Lógicamente, el valor del precedente dista según se esté ante un sistema de «*common law*» (en tanto que se encuentra en la base del mismo) o de «*civil law*» (también denominado sistema romano-germánico y que es el que rige en países como España, Francia, Italia o Alemania, en los que la decisión judicial determina la ley que se aplica pero no la impone a futuro). No existe, pues, en nuestro país una obligación de resolver conforme a lo ya decidido más allá de la obligación de motivar ese apartamiento de la doctrina legal hasta entonces existente<sup>142</sup>.

En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acudido al criterio de «*jurisprudencia consolidada*» a propósito de una legislación nacional y en orden a dispensar protección al derecho de propiedad<sup>143</sup>. Se reconoce de esa forma la protección de la confianza

---

<sup>141</sup> TARDÍO PATO, J.A., «*La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*», Revista CEF Legal, (203), diciembre 2017, págs. 123 a 166.

<sup>142</sup> De hecho, con el nuevo sistema casacional introducido en la LJCA por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se establece un supuesto de interés casacional objetivo consistente en que la resolución «*se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea*» (artículo 88.3 b) LJCA). Al conocer la Sala Tercera del escrito de preparación, si ésta entiende que el apartamiento por el Juez o Tribunal de instancia se ha producido y que éste, además, es consciente y reflexivo, habrá de entrar a conocer del recurso de casación.

<sup>143</sup> Artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH.

basada en esa jurisprudencia consolidada y de la que el pronunciamiento ulterior se habría sustraído de forma injustificada<sup>144</sup>.

Con la regla del «*stare decisis*»<sup>145</sup> se aporta certidumbre, se dispensa más seguridad jurídica y se garantiza un mayor grado de previsibilidad en la aplicación e interpretación del Derecho. Sin perjuicio de que su mayor relevancia se ha predicado en el ámbito penal<sup>146</sup>, no puede desconocerse en el Derecho Administrativo. No en vano la misma puede justificar la facultad del órgano judicial de modular los efectos de las Sentencias, incluso las interpretativas, cuando de proteger bienes constitucionalmente protegidos se trata<sup>147</sup>. En efecto, a través de lo que se da en llamar «*prospective overruling*» pueden los órganos judiciales (generalmente, se hace referencia con ello a las Cortes Supremas) establecer que la nueva doctrina que se sienta solo se aplicará a los casos futuros<sup>148</sup>.

El overruling precisa en todo caso que el cambio opere sobre lo que constituye la «*ratio decidendi*» del asunto y no sobre meros pronunciamientos «*obiter dicta*»<sup>149</sup>. Además, el cambio de doctrina puede afectar no solo a cuestiones sustantivas sino también procesales. Este último campo se antoja de gran relevancia en la medida en que nuevas exigencias procesales o una interpretación más estricta de las existentes no pueden imponerse a asuntos en trámite. Ello ha llevado a la estimación de recursos de amparo por considerarse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución cuando «*la decisión de inadmisión impugnada no tomó en consideración la falta de cumplimiento del requisito controvertido, que no era conocido ni predecible para la recurrente en el momento en que se presentó el escrito de preparación*» y pese a que éste último «*se intentó subsanar, una vez*

---

<sup>144</sup> STEDH (Gran Sala) de 28 de septiembre de 2004, *Kopecky c. Eslovaquia* (rec. 44912/1998) [§ 54].

<sup>145</sup> También formulada como «*stare decisis et quia non movere*».

<sup>146</sup> TRACOL, X., «*La valeur juridique des décisions des Chambres d'Appel des juridictions pénales internationales: la règle du précédent judiciaire ou principe stare decisis*», *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, (3), 2010, págs. 573 a 596.

<sup>147</sup> Una interesante aportación desde la perspectiva de la doctrina italiana puede encontrarse en CONDORELLI, M. y PRESSACO, L., «*Overruling e prevedibilità della decisioni*», *Questione giustizia: trimestrale promosso da Magistratura democratica*, (4), 2018, págs. 112 a 125.

<sup>148</sup> Suele distinguirse en la práctica judicial norteamericana, a su vez, entre «*pure prospective overruling*» (el nuevo criterio se aplicará solo en el futuro mientras que el asunto del que se conoce será resuelto conforme al criterio preexistente) y el «*selective prospective overruling*» (también la nueva doctrina se aplica al asunto que la ha propiciado).

<sup>149</sup> PASSANANTE, L., «*Prospective Overruling: certeza del derecho y del proceso*», en «*Derecho material y proceso: el modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material: ponencias del séptimo seminario internacional de derecho procesal: Proceso y Constitución*», Dir. por PRIORI POSADA, G., Palestra Editores, 2017, pág. 474.

*establecido este nuevo criterio jurisprudencial, mediante la presentación de un escrito complementario de adecuación a las nuevas exigencias»<sup>150</sup>.*

Por su parte, el Pleno de la Sala Tercera hace alarde de la regla «*stare decisis*» en su Sentencia N° 1669/2018, de 27 de noviembre (rec. 5911/2017)<sup>151</sup>. Invoca al efecto el significado de la jurisprudencia como fuente del derecho que complementa el ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.6 del Código civil. Razona que «*el valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, el cual requiere, en su proyección sobre la actividad jurisprudencial, la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que es un factor de competitividad del sistema jurídico en un entorno global, y tal previsibilidad no queda asegurada si la jurisprudencia queda al albur de cualquier cambio ocasional en la composición de un órgano colegiado*». Admite, no obstante, que «*el cambio jurisprudencial se justifica con la modificación de factores jurídicos, no necesaria o únicamente de las normas directamente concernidas, o fácticos, o bien en la invocación de principios o presupuestos sistemáticos novedosos o no aplicados previamente*». Sin embargo, concluye que «*no resulta un fundamento suficiente, por el contrario, basar un cambio jurisprudencial en la mera discrepancia con criterios interpretativos previos de las mismas normas jurídicas sin más apelación que al disentimiento subjetivo con la interpretación anterior y con la sola invocación del principio de legalidad, que avala del mismo modo tanto a la jurisprudencia existente previamente como a la que se pretende establecer*» [F.D. 3°].

De esta forma, la misma Sala Tercera que, como ya se ha examinado, no se ha mostrado excesivamente rigurosa en las exigencias a demandar al legislador por el cambio normativo, sí que se exhibe categórica al identificar la estabilidad de su doctrina con seguridad jurídica. Lo hace -y parece razonable- aduciendo que un mero cambio de la composición del órgano colegiado no puede justificar el cambio de criterio. Pero lo hace también -y esto es lo que mas

---

<sup>150</sup> En tal sentido, la STC 7/2015, de 22 de enero, relativa a la decisión de la Sala Tercera de no tener por preparado recurso de casación al albur de los nuevos criterios que para el escrito de preparación se fijaban en el Auto de 10 de febrero de 2011 (rec. 2927/2010).

<sup>151</sup> El Pleno de la Sala Tercera fue convocado por Acuerdos de su Presidente de fecha 22 de octubre de 2018. Ello tras el dictado por su Sección 2ª de Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (recs. 5350/2017, 4900/2017 y 1168/2017) en las que se rectificaba la doctrina legal hasta entonces existente en torno al sujeto pasivo en el ITPyAJD. El Pleno -con una ajustada mayoría y con hasta seis Votos particulares- vuelve a establecer que cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario el sujeto pasivo en su condición de adquirente del negocio principal documentado.

dudas genera a futuro- sin precisar qué factores jurídicos justifican en unos casos sí y en otros no la posibilidad de que el órgano colegiado cambie su doctrina<sup>152</sup>.

En definitiva, parece evidente que la estabilidad en la jurisprudencia contribuye a otorgar una mayor seguridad jurídica como también la favorece la estabilidad normativa. Cuestión distinta es la necesidad de adaptar de manera constante la doctrina legal (y también constitucional). Debe admitirse, pues, el derecho del Juez a desmarcarse de los precedentes, sin perjuicio de la adecuada motivación de tal innovación y el ponderado establecimiento de los efectos que el cambio traerá consigo. Y es que, como apunta PEYRON, la autoridad de la resolución judicial no descansa tanto en su mayor o menor consolidación sino en lo convincente de lo que se decida y el razonamiento en que ello se sustente<sup>153</sup>.

b) En segundo término, para primar la seguridad jurídica del administrado que realizó una determinada conducta en base una apariencia de legalidad producto de actos externos inequívocos de la Administración, éste debe actuar conforme a Derecho, siendo así que no puede amparar la confianza legítima una actuación ilegal. Además, tal proceder del administrado debe haberse fundado -y que así resulte acreditado- en la confianza precisamente generada por la Administración. La clave está en que esa buena fe que se deposita en el poder público haya sido la que determinó la decisión, gasto o inversión de forma que todo ello no se habría ejecutado de no haberse propiciado esa creencia.

c) Finalmente, no deben haberse dispuesto mecanismos de compensación para hacer frente al cambio o, en su caso, establecido un régimen transitorio que permita enervar o atenuar los perjuicios que eventualmente puedan producirse. En tal sentido, precisa AMÉRIGO ALONSO que *«la existencia de un régimen transitorio adecuado o la previsión de un período razonable de vacatio legis permiten al operador prudente adecuar su conducta al nuevo marco normativo, sin que pueda hablarse de un cambio brusco e inesperado»*<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Repárese en el cambio de doctrina legal también protagonizado por la Sección 2ª de la Sala Tercera a propósito de la sujeción al ITP en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas por la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional [Sentencia N° 1694/2019, de 11 de diciembre (rec. 163/2016)]. Y obsérvese que ninguna modificación normativa se había producido desde que tal cuestión litigiosa se resolviese por el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1996 (rec. 3646/1991) y a la que se había remitido la propia Sala Tercera en sus Sentencias de 15 de diciembre de 2011 (rec. unificación de doctrina 19/2009) y 16 de diciembre de 2011 (unificación de doctrina 5/2009).

<sup>153</sup> PEYRON, C., *«Stare decisis: valore o disvalor?»*, *Questione Giustizia*, (4), 2003, pág. 793.

<sup>154</sup> AMÉRIGO ALONSO, J., *«Principio de confianza legítima»*, en *«Procedimiento Administrativo Europeo»*, Dir. por SORIANO GARCÍA, J.E., Civitas, 2012, págs. 114 y 115.

### 3.4 La interacción de la de confianza legítima con otros principios.

Si antes se advertía, sobre la base de la doctrina constitucional que se apuntaba, que la seguridad jurídica, al igual que el resto de los principios informadores del artículo 9.3 de la Constitución, no constituye un «*compartimento estanco*» sino que representa precisamente la suma de los mismos, ha de llamarse la atención sobre la vinculación que se establece con respecto a la confianza legítima y de ésta, a su vez, con otros principios.

Ha de verse la confianza legítima como un principio general del Derecho autónomo<sup>155</sup>, cuya relación con el de seguridad jurídica ha sido caracterizada como de «*género-especie*»<sup>156</sup> por la «*mayor amplitud*» de éste último. La confianza legítima es una manifestación de la seguridad jurídica. Parece claro que la confianza radica en la buena fe que deriva de la relación trabada previamente con la Administración o de los actos de ésta generadores de esa expectativa (de ahí que su campo exclusivo sea el de las relaciones jurídico-públicas). La esencia de lo anterior se encuentra, a su vez, en la prohibición de «*venire contra factum proprium*», esto es, en la necesidad de coherencia en el comportamiento administrativo o de la irregularidad que supone adoptar decisiones contrarias o que desvirtúen otras previas<sup>157</sup>.

Si esa vinculación a los actos propios, si tal generación de buena fe preside el actuar administrativo de cara a la operatividad del principio de confianza legítima, la irretroactividad hace lo propio cuando de actividad normativa se trata. En efecto, la garantía de la irretroactividad (prevista en el artículo 9.3 de la Constitución para las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales) constituye una manifestación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Sin embargo, se trata de contextos distintos. Una norma que incurra en retroactividad prohibida contraviene la seguridad jurídica y la confianza legítima pero también debe admitirse que éstas últimas resulten vulneradas aun cuando no se esté ante una norma retroactiva. Nuevamente, conceptos

---

<sup>155</sup> MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., «*El principio de confianza legítima como garantía de los administrados*», en «*Derechos y garantías de los ciudadanos: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*», Iustel, 2011, pág. 817. Predica la «*sustantividad propia*» del principio de confianza legítima y proclama su derivación del principio de buena fe y su relación con la seguridad jurídica.

<sup>156</sup> AMÉRIGO ALONSO, J., op. cit., pág. 112.

<sup>157</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., «*Venire contra factum proprium non valet*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, pág. 229. Destaca no obstante que la «*vinculación más intensa de la Administración al principio de legalidad y sus poderes de decisión unilateral ejecutoria finalizados a la tutela objetiva de los intereses públicos (la llamada autotutela administrativa, en suma) [...] excluyen y desplazan en muchos casos la aplicación de la doctrina de los actos propios, formulada originariamente en función del principio de autonomía de la voluntad, mientras que en otros obliga a matizarla*».

como la previsibilidad de la disposición, la existencia o no de medidas compensatorias o la articulación de un régimen transitorio habrían de resultar decisivos para alcanzar tal conclusión.

Sucede sin embargo que en la aplicación e interpretación de estos principios tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Tercera del Tribunal Supremo hacen uso de la confianza legítima como *«obiter dicta»*, de suerte que solo resultará decisiva en los supuestos en los que previamente se haya apreciado que se está ante un supuesto de retroactividad prohibida y, precisamente, para reforzar tal decisión. En los casos en los que solo concurre una retroactividad impropia la confianza legítima resulta inoperante por cuanto el recurso al concepto del riesgo regulatorio lleva a excluir toda situación digna de protección. A partir del momento en que éste es *«detectado»*, la medida deja de ser imprevisible. Es el caso de la reiterada STC 270/2015, de 17 de diciembre, en la que el Tribunal funda los cambios normativos producidos en la *«elevada intervención administrativa»* del sector económico en cuestión y, además, describe como *«previsibles»* las innovaciones combatidas.

Así las cosas, la confianza legítima, cuando del ejercicio de la potestad normativa se trata, parece condicionada inexorablemente a la garantía de la irretroactividad. Como apunta MINGORANCE MARTÍN<sup>158</sup>, bien podría *«consolidarse como argumento independiente»* el del *«principio del riesgo regulatorio»* en tanto que siempre opera *«a fortiori, es decir, una vez que el Tribunal Supremo ha desestimado las alegaciones sobre la supuesta vulneración del principio de irretroactividad y de confianza legítima»*. En puridad, el ámbito propio de la confianza legítima frente a la acción normativa -cuando actúa por sí misma- estaría quedando relegado a la nada. No tendría posibilidad alguna en los supuestos de retroactividad impropia porque no se reconoce el derecho a que se mantenga un determinado régimen normativo. Solo a efectos teóricos se admitiría que la modificación normativa traicionase la confianza legítima cuando es inopinada y no pudo ser prevista. Pero ahí es cuando vuelve a entrar en juego la noción de riesgo regulatorio, incompatible con la congelación del ordenamiento jurídico y que se ha construido de forma tal que no posibilita prevenir límites a la potestad normativa.

El resultado de todo ello es que no se protegen adecuadamente las expectativas legítimas de aquéllos administrados que hubieren ajustado su conducta económica a la legislación vigente y que pudieran verse afectados por el cambio normativo. Y es que si tal modificación no incurre en retroactividad prohibida, la defensa debiera venir de la mano de la confianza legítima. Sin embargo, el riesgo regulatorio la neutraliza. Sobre la clave que representa entonces la irretroactividad nos ocuparemos más adelante.

---

<sup>158</sup> MINGORANCE MARTÍN, C., op. cit. pág. 178.

### 3.5 Ausencia de una doctrina autónoma sobre la confianza legítima. Algunas propuestas.

Se expuso que el Voto particular concurrente formulado por el Sr. Xiol Ríos a la STC 270/2015, de 17 de diciembre, advirtió de la necesidad de que por el Tribunal Constitucional se ofreciese una doctrina del principio de confianza legítima que, trascendiendo al supuesto objeto de examen, permitiera equipararse a los esfuerzos dialécticos ofrecidos por el Tribunal Supremo, dando también respuesta al *«muy destacado y amplio tratamiento que la doctrina científica ha dedicado a esta cuestión como indicador de su relevancia jurídica y económica»*. Como una de las razones que lo justificaban señalaba la existencia de numerosos litigios contra el Reino de España planteados por cambios normativos ante Cortes internacionales de arbitraje por inversores extranjeros y basados en la infracción del principio de confianza legítima.

Debe convenirse la necesidad de tal formulación. La ausencia de parámetros con los que controlar el principio de confianza de legítima convierte la decisión que se adopte en escasamente previsible, más bien propia de un ejercicio de voluntarismo judicial (lo que desde luego no implica arbitrariedad). El propio Magistrado anticipaba ya los siguientes criterios:

-Las legítimas expectativas de los interesados habrían de haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, *«aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas»*.

-No cabe confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, pudiendo ser ésta modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos. Ello aun más si se trata de *«ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior»*.

-Los cambios no han debido resultar *«imprevisibles para un operador económico prudente»*. Apunta indicios para la previsión del cambio tales como la *«situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas»*.

-Finalmente, los cambios deben tener en cuenta las *«situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa»*. Se trata con ello de minimizar, compensar o equilibrar las legítimas expectativas frustradas.

Más allá de lo subjetivo que resultará calificar como «*imprevisible*» un determinado cambio normativo y del escollo que representa (o la inseguridad que genera) trazar “*a priori*” el perfil del operador económico prudente, no se hace difícil compartir las pautas que acaban de exponerse. En todo caso, se propone la introducción de estas tres cuestiones:

a) En primer lugar, puede resultar de gran utilidad acudir a la teoría de las situaciones jurídicas de DUGUIT<sup>159</sup>. Ésta tendría como propósito «*superar las doctrinas de los derechos subjetivos*»<sup>160</sup>. Para ello se distinguen entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras, de carácter general, se crean por normas de naturaleza legal o reglamentaria y tienen la vía de Derecho constantemente abierta. Las subjetivas, por su parte, responden a una protección especial e individual y son generadas por un acto singular distinto de la ley o el reglamento. Sobre tal base, mientras que las objetivas no pueden oponerse a un cambio normativo por representar una situación a la que se acogen un número no concretado de sujetos, las subjetivas no pueden alterarse o invalidarse por normas de carácter general.

Lo provechoso de esta doctrina en la proyección que de la misma puede hacerse al campo de las modificaciones normativas atañe a aquellos supuestos en los que una norma, legal o reglamentaria, ha configurado un determinado estatuto jurídico. Éste, en principio, resultaría modificable sin más limitación que la representada por la retroactividad prohibida. Sin embargo, en aplicación de esa norma general pueden haberse configurado situaciones subjetivas, siendo así que éstas teóricamente no podrían resultar afectadas por tal modificación. La clave se sitúa entonces en discernir cuando ha tenido lugar esa concreción subjetiva de una situación en aplicación de la disposición general. Todo ello se abordará con más detalle con ocasión del examen del principio de irretroactividad.

b) En segundo término, ha de entrar en juego el principio de proporcionalidad y una adecuada ponderación de todos los intereses en concurso. Si del análisis de legítimas expectativas frustradas se trata, éste no resultaría completo si no se tiene en cuenta el verdadero impacto de la modificación normativa .

---

<sup>159</sup> DUGUIT, L., «*Traité de Droit Constitutionnel*», 3ª Edición, Tomo II, París, 1928, págs. 238 y ss.

<sup>160</sup> PESET REIG, M., «*Notas para una interpretación de Leon Duguit (1859-1928): dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica*», (157), enero - febrero 1968, pág. 183.

c) Finalmente, debe procederse con la máxima precaución a la hora de apreciar la concurrencia de un «*interés público superior*» que impida proteger la confianza legítima. De entrada por cuanto, como apunta BAÑO LEÓN<sup>161</sup>, preservando la Constitución la seguridad jurídica al margen del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos, también se estaría garantizando la «*observancia de los límites constitucionales*» cuando se trata de leyes no retroactivas en sentido propio. La definición de forma apriorística de qué constituya tal interés público superior es una misión difícil de completar. Será en cada caso el legislador el que haya de justificarlo. Cuestión distinta será la mayor o menor propensión de los Altos Tribunales a desautorizar tales razones superiores.

### 3.6 Consecuencias de la vulneración del principio de confianza legítima.

La confianza depositada en la legislación vigente y que puede verse traicionada como consecuencia de una modificación de la misma no ha de implicar el derecho a que se mantenga la situación que hasta ese momento regía. La confianza legítima debe traducirse en una garantía patrimonial (que habría de hacerse efectiva a través de mecanismos de compensación) o con la disposición de regímenes transitorios que minimicen la afectación producida.

La cuestión es cómo se materializa tal compensación y a través qué instituto. Dos opciones pueden plantearse al respecto:

-De una parte, la indemnización por la naturaleza expropiatoria de la privación del derecho, a la que cabe homologar la compensación<sup>162</sup>. El problema que enfrenta esta posibilidad no es ya solo el que no tendría cabida respecto de derechos no consolidados sino que, además, para que exista expropiación ha de concurrir «*causa expropriandi*»<sup>163</sup>.

-De otra, la responsabilidad patrimonial ya del Estado legislador, ya derivada de cambios de criterios administrativos. En lo que hace a la que primera (artículo 32.3 LRJSP) y en tanto que variante de la responsabilidad patrimonial, requiere de la presencia de un daño antijurídico, esto es, un daño que el administrado no tenga el deber de soportar. Sucede sin embargo que si no se

---

<sup>161</sup> BAÑO LEÓN, J.M., op. cit., pág. 94.

<sup>162</sup> Éste fue el caso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC), cuya constitucionalidad fue avalada por la STC 149/1991, de 4 de julio. Se razonó al efecto que si la expropiación operaba por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no podía ser entendido sino como compensación, determinada *ope legis*, por la privación del título dominical.

<sup>163</sup> Artículo 1.1 LEF.

ha considerado lesionada la confianza legítima, no se estará en presencia de tal antijuridicidad y, por tanto, no cabrá indemnización. Sobre la responsabilidad patrimonial, su fundamento y límites se abundará en el Capítulo VI.

### **3.7 Recorrido por la irregular recepción en nuestra doctrina constitucional y legal de la confianza legítima.**

Resulta difícil encontrar una pauta común en los -escasos- supuestos en los que el Tribunal Constitucional determina que el legislador ha vulnerado el principio de confianza legítima. Quizá la más reiterada es que se utilice como canon de constitucionalidad de leyes retroactivas, siendo así que ello se ha venido produciendo esencialmente en el ámbito tributario.

Puede citarse en tal sentido la declaración de inconstitucionalidad del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar en virtud de la STC 173/1996, de 31 de octubre<sup>164</sup>. La aplicación retroactiva del gravamen llevó al Tribunal Constitucional a considerar que se traducía en un aumento de la deuda tributaria que no podía calificarse de previsible y que, además, carecía de la suficiente justificación, concluyendo que se había vulnerado el principio de seguridad jurídica al traicionar la confianza de quienes en el sector del juego preveían que sus obligaciones fiscales se hallaban previamente delimitadas.

Similar planteamiento se infiere de la STC 234/2001, de 13 de diciembre<sup>165</sup>, que aprecia la vulneración del «*principio de confianza legítima de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de éstos en el Ordenamiento jurídico aplicable*» [F.J. 11º]. Tal infracción traía causa de la supresión retroactiva de la exención de materias primas disfrutada por los fabricantes en el impuesto sobre el petróleo. Lo que destaca el Tribunal Constitucional no es que el legislador suprimiese la exención a partir de la entrada en vigor de la norma sino que revocase la exención que había beneficiado a las operaciones de adquisición de los productos gravados, sometiendo a tributación a los poseedores de existencias adquiridas sin impuesto bajo la vigencia de la anterior norma. Ello implicaba «*establecer, sorpresiva e injustificadamente, un gravamen de superior cuantía al que hubieran debido soportar de no haber existido la exención a cuyo amparo efectuaron la adquisición de productos empleados en la fabricación, y además, de forma retroactiva, por afectar única y*

---

<sup>164</sup> Comportó la nulidad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

<sup>165</sup> Responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del apartado 7º de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/1985, de 23 de diciembre, de impuestos especiales.

*exclusivamente a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto legal, y cuyos efectos jurídicos se encontraban agotados»* [F.J. 8º].

Frente a tales supuestos, se ha rechazado el que se defraudase la confianza legítima en supuestos tales como el abordado por la STC 237/2012, de 13 de diciembre<sup>166</sup>. Descarta a tal fin que la derogación del trasvase haya de considerarse un «*acto expropiatorio de derechos*» y tilda la revisión de títulos concesionales que se invocaba con el recurso como de «*supuesto eventual e hipotético*» [F.J. 9º].

Por lo que al Tribunal Supremo respecta, sin perjuicio de que haya tratado de establecer una pauta común respecto de los requisitos a exigir para entender generada esa convicción en el particular (signos externos producidos por la Administración de forma lo suficientemente concluyente y ausencia de un régimen transitorio o de un interés público superior y perentorio), es lo cierto que en la proyección de tales parámetros al caso concreto resulta difícil de predecir si la acción prosperará. Ello permite afirmar que será la entidad de ese interés público superior en cada supuesto la que acabe convirtiéndose en un factor decisivo a la hora de entender traicionada la confianza legítima del administrado.

Quizá el ejemplo más representativo de lo que acaba de expresarse venga dado por la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 30 de noviembre de 1992 (rec. 46/1989) por la que se desestima el recurso interpuesto contra la denegación de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios desde los 70 a los 65 años<sup>167</sup>. Debe resaltarse que cuando se dicta aún no regía la LRJPAC y, por tanto, no existía disposición normativa reguladora de la responsabilidad del Estado legislador. En efecto, la propia Sala Tercera advierte que, sin perjuicio de la referencia al principio de responsabilidad del artículo 9.3 de la Constitución, no se preveía de forma expresa, a diferencia de lo que sucedía con la Administración (artículo 106.1) o la actuación de los órganos judiciales (artículo 121). Sobre tal base, lo que se rechaza es que pueda invocarse «*como soporte para generalizar la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados la aplicación de cualquier Ley no expropiatoria ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados por estar pendientes para su perfeccionamiento del cumplimiento o incumplimiento de una condición [...]*» [F.D. 5º]. Y se apoya en el hecho de que el Tribunal Constitucional había declarado constitucionales las leyes que adelantaron la edad de «*funcionarios públicos, Jueces y*

---

<sup>166</sup> Resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional.

<sup>167</sup> La misma aparecía dispuesta en el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP).

*Magistrados y Profesores de E.G.B.»,* siendo así que en éstas «*nada se establece en orden a la indemnización por daños y perjuicios derivados de su aplicación*» [F.D. 5º].

No obstante, en sentido distinto a la línea seguida poco después con las modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 4ª) de 14 de junio de 2010 (rec. 5153/2008) reconoce el derecho a ser indemnizada a una editorial por los daños y perjuicios ocasionados por el Real Decreto 1318/2004, de 28 de mayo, en tanto que difirió al año académico 2006-2007 determinadas medidas cuya previsión de aplicación estaban fijadas para el curso académico 2004-2005. Se apreció entonces tanto un daño efectivo y real como que el mismo era fruto de un hecho lesivo llevado a cabo por la Administración a raíz de la promulgación de la citada norma reglamentaria. Ésta difería a cursos académicos posteriores la implantación de las enseñanzas previstas para el 2004-2005, desconociendo con ello el «*esfuerzo editorial*» desplegado por la entidad recurrente y que ésta no tendría el deber jurídico de soportar. Amén de apreciar la antijuridicidad, se sitúa el nexo causal en la vulneración de la confianza legítima que tenía la recurrente en la aplicación del Real Decreto precedente y se concluye que del hecho lesivo de la Administración se derivó de forma singular el mentado daño antijurídico.

Como fácilmente se comprueba, resulta harto difícil predecir cuándo la confianza legítima se entenderá defraudada y cuándo no. Supuestos como el que acaba de describirse ponen de manifiesto una actuación normativa inesperada e imprevisible. Sin embargo, no parece distar de la que representan las innovaciones retributivas a las renovables y, sin embargo, en tal caso la respuesta de la Sala Tercera fue antagónica.

### **3.8 Consecuencias de la interacción entre el principio de confianza legítima y la doctrina del riesgo regulatorio.**

La conclusión de cuanto se ha expuesto pasa por afirmar que la forma en la que se recurre al riesgo regulatorio en nuestra doctrina constitucional y legal lleva presumir no ya la eventualidad de un cambio normativo sino su inevitabilidad. Así las cosas, si se acepta que ese cambio se va a producir, existe escaso espacio para la confianza legítima pues es plausible pensar que el ordenamiento jurídico no se va a congelar.

Por otra parte, de existir un riesgo al cambio no puede hablarse en puridad de límites a la potestad del legislador. Resultaría indiferente la formulación que se haga ya de la seguridad jurídica, ya de la confianza legítima por cuanto el cambio siempre puede tener lugar y nada podrá oponerse frente a él. Es cierto que en ocasiones, sin que pueda intuirse un hilo conductor,

el Tribunal Constitucional o el Supremo han reputado un cambio como imprevisible. Solo si tal cosa se aprecia -y también se admite que tal modificación no vino acompañada de medidas compensatorias o de un régimen transitorio- se acepta la indemnización.

Así dibujado el escenario, solo la retroactividad prohibida impediría el cambio. Y ni tan siquiera en tal caso se excluirían excepciones. Ello porque en una suerte de aplicación del «*Derecho de crisis*» la apreciación de intereses superiores podría avalar la retroactividad vedada. El interés general que la Administración representa no puede desconocer absolutamente los intereses y derechos de los administrados. Es el examen de cada caso el que habrá de dilucidar la existencia de los diferentes elementos que se han predicado para la existencia de confianza legítima. Ahora bien, si en ese examen ha de tener especial relevancia el hecho de que el cambio normativo fuera predecible, también debería valorarse si de haberse anticipado tal modificación la actuación del administrado hubiera sido la misma. Asimismo, habría de incluir una ponderación de la proporcionalidad de la medida (búsqueda de alternativas no tan gravosas) y, sobre todo, no puede avalarse un mero análisis formal de la motivación de la reforma, compartiendo siempre la razón que ofrezca quien ejerce la potestad normativa acerca de lo volátil de ese ámbito o de la necesidad desde la perspectiva de los intereses generales.

En definitiva, la confianza legítima no puede resultar incompatible con un cambio regulatorio aun cuando éste aparezca como justificado. El desequilibrio en el que en la ponderación así se incurre aboca a desconocer no solo simples expectativas sino auténticos derechos de los administrados, cuestión ésta que nos lleva al análisis de otro de los principios concernidos: el de irretroactividad.

#### **4. La irretroactividad incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución. Los derechos adquiridos.**

La pretensión declarada con ocasión del abordaje del principio de seguridad jurídica debe reiterarse ahora al enfrentar el papel que desempeña el principio de irretroactividad en las modificaciones normativas y, con él, la forma en que actúa como límite al riesgo regulatorio. Ni puede aspirarse a una aportación completamente original ni resultaría provechoso reducir el análisis a una mera recapitulación de las múltiples contribuciones doctrinales.

Se trata el de la retroactividad de un «tema complejo» en la «acepción correcta de la palabra», esto es, «como aquello que se compone de elementos diversos»<sup>168</sup>. Los elementos que aquí interesarán se conectan básicamente con la salvaguarda de aquellas situaciones jurídicas generadas al amparo de una norma que ahora pierde su vigencia al ser derogada o modificada. Se partirá para ello de la regulación constitucional sobre el particular, se discurrirá por las clasificaciones que en torno a los distintos grados de retroactividad se han venido elaborando para acabar advirtiendo que entre las meras expectativas o los derechos adquiridos pueden existir situaciones jurídicas subjetivas que representen intereses dignos de ser protegidos por la irretroactividad y que, por tanto, vedarían el que al amparo de una utilización generosa del concepto de riesgo regulatorio pudieran quedar desprovistas de tutela alguna.

#### **4.1 Alcance de la garantía de de irretroactividad en la Constitución.**

La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales se eleva a la categoría de principio constitucional en el artículo 9.3 de la Carta Magna. Sirve en tal sentido de contrapunto al artículo 2.3 del Código civil, que señala que «*las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*». De esta forma, el juego conjunto de estos preceptos permite colegir sin dificultad la existencia de una garantía frente a la retroactividad de las normas (advirtiéndose que el artículo 9.3 no se está distinguiendo rango alguno de las mismas y, por ende, tanto puede referirse a disposiciones normativas con rango de ley como reglamentarias). Esa irretroactividad se predica de forma explícita de las disposiciones sancionadoras que no lo sean «*in bonam partem*» y de aquellas que resulten restrictivas de derechos individuales (cuestión distinta es qué ha de tenerse por tales derechos).

Existen, pues, límites a la fuerza retroactiva de determinadas disposiciones. El legislador no puede innovar el ordenamiento jurídico de forma ilimitada. Pero aun más. Como se desarrollará seguidamente, la garantía no va a circunscribirse a los casos que la Constitución menciona sino que la protección debe extenderse a supuestos distintos de aquéllos pero en los que se vean afectados principios como los de seguridad jurídica o confianza legítima.

---

<sup>168</sup> LÓPEZ MENUDO, F., «*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, pág. 73. De sumo interés son las aportaciones de este autor que pueden encontrarse en «*El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*», Instituto García Oviedo, 1982.

#### 4.2 La retroactividad en sus distintos grados o intensidades.

Tanto en la doctrina constitucional como en la legal se distingue entre retroactividad auténtica e impropia o se diferencian los tres grados de retroactividad que a continuación se relacionan. El enjuiciamiento de la presunta inconstitucionalidad se efectuará teniendo en cuenta el grado de retroactividad de la norma cuestionada y las circunstancias específicas que concurren en cada caso. Lo relevante pasa por verificar si las disposiciones legales pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley o si pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas.

-En primer lugar, la retroactividad prohibida, auténtica o de grado máximo es aquella que incide en situaciones plenamente consolidadas (STC 121/2016, de 23 de junio). La prohibición de retroactividad en este caso es plena y solo se vería excepcionada por «*exigencias cualificadas del bien común*» (STC 126/1987, de 16 de julio). Se trata éste último de un concepto jurídico indeterminado del que desde luego resulta difícil establecer parámetros “*a priori*”. Ejemplo de ello lo encontramos en la STC 97/1990, de 20 de junio, en tanto que la modificación normativa cuya inconstitucionalidad declaraba suponía una restricción de derechos con carácter retroactivo<sup>169</sup>. Ello al conculcar el derecho adquirido de los funcionarios locales a que las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la nueva norma tuviesen «*exacto reflejo en el haber regulador de las correspondientes prestaciones*» y sin que, además, se hubiera previsto la devolución de las previas cuotas adicionales, carentes ahora de efecto alguno. La eliminación retroactiva de la obligación eventual de cotización suponía también la eliminación retroactiva del derecho a que la sexta parte concernida se tomara en cuenta para el cálculo de la correspondiente prestación. Se concluyó así que «*no es constitucionalmente legítimo establecer una eficacia retroactiva de la modificación de la Ley 11/1960 en cuanto resulte restrictiva de los derechos adquiridos y consolidados entre el 1 de enero y el 23 de abril 1983, período en el que el art. 13.4 Ley 11/1960 había tenido efectivamente vigencia, que tras de negarle mediante la imputación de efectos retroactivos la disp. Dic. 2ª que lo modifica*» [F.D. 5º].

-En segundo término, la retroactividad de grado medio es la que se da cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados. En este caso, la «*licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo*

---

<sup>169</sup> Se resolvía así la cuestión de inconstitucionalidad planteada por las Salas 1ª y 2ª de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Valencia y se declaraba inconstitucional la Disposición Adicional 2ª a) del Real Decreto-ley 3/1983, de 20 de abril, sobre incremento provisional de los haberes activos y pasivos de los funcionarios públicos, y la Disposición Adicional 2ª de la Ley 9/1983, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983. Ello en tanto que reconocían efectos retroactivos entre el 1 de enero de 1983 y el 23 de abril de 1983 a la supresión de la sexta parte del sueldo consolidado a efectos del cálculo de las pensiones de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local causadas en tal período.

*caso por caso, que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y de otra, los diversos imperativos que puedan conducir a una modificación del ordenamiento jurídico» (STC 126/1987, de 16 de julio)*<sup>170</sup>.

-Finalmente, la retroactividad de grado mínimo es aquella en que la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior. No constituye una vulneración del principio de irretroactividad (STC 72/1984, de 14 de junio).

Hasta aquí la retroactividad de disposiciones con rango de ley. Cuando de reglamentos se trata ha de estarse al artículo 47,2 LPACAP, conforme al cual son nulas de pleno derecho aquellas disposiciones administrativas que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y es que la referencia a las leyes contenida en el artículo 2.3 del Código civil no puede entenderse circunscrita a normas con rango legal sino comprensiva de cualquier disposición general, incluidas las reglamentarias.

Colige la Sala Tercera que no se incardinan en la retroactividad prohibida aquellas disposiciones que, *«carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso»*<sup>171</sup>. En esta Sentencia (con ocasión de la impugnación del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial), se analiza la supresión hacia el futuro de las primas que hasta entonces regían. Excluye en este caso el Tribunal Supremo la retroactividad prohibida -se estaría ante un supuesto de retroactividad impropia o retrospección- por cuanto la norma solo proyectaría sus efectos en lo sucesivo pero no implicaba la devolución del importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores.

Cuanto antecede supone la recepción en la doctrina del Constitucional y del Supremo de la elaborada por el Tribunal Constitucional alemán. En ésta última se observa no obstante un matiz diferenciado entre la sostenida por su Sala 1ª<sup>172</sup> y la afirmada por la Sala 2ª. Para la Sala 1ª son retroactivas propias las normas que modifican situaciones jurídicas agotadas mientras que

---

<sup>170</sup> En esta misma Sentencia el Tribunal Constitucional admite la operatividad del principio de seguridad jurídica a la hora de evitar la eficacia retroactiva de normas tributarias en el entendimiento de que las disposiciones en esta materia no están incluidas en la garantía de la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución.

<sup>171</sup> Por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 12 de abril de 2012 (rec. 40/2011).

<sup>172</sup> A partir de la Sentencia BVerfGE 11, 139, de 31 de mayo de 1960.

son retroactivas impropias o retrospectivas las que únicamente atañen hacia el futuro a situaciones jurídicas existentes pero no agotadas. Sin embargo, para la Sala 2ª la retroactividad de la ley concurre cuando «su ámbito de aplicación temporal se fija en un momento anterior al momento en que la disposición entró en vigor»<sup>173</sup>. Precisa el Tribunal Constitucional Federal que la protección de las consecuencias jurídicas originalmente aplicables encuentra su fundamento constitucional básicamente en los principios generales del Estado de Derecho y, en particular, en la protección de la confianza y la seguridad jurídica<sup>174</sup>.

Como apunta BACIGALUPO SAGGESE, lo que la Sala 2ª introduce en realidad a la hora de determinar la retroactividad de una ley es que habrá de atenderse a la «retroacción de sus consecuencias jurídicas»<sup>175</sup>. Sin embargo, prescinde del aspecto referente a la aplicación de la nueva ley en el futuro a situaciones surgidas bajo la vigencia de la norma anterior. Ello por cuanto tal aspecto afectaría solo al «ámbito de aplicación material u objetiva de la misma», esto es, se trataría de un «problema de subsunción».

#### 4.3 Propuesta en torno a la forma en que concebir la retroactividad.

Sin perjuicio de la proyección al caso concreto de las renovables que con posterioridad se llevará a cabo, cabe anticipar ahora una toma de posición en torno a la clasificación de la retroactividad que se reputa no solo más precisa sino también más eficaz. Cuando se está ante obligaciones jurídicas de tracto sucesivo, atender al carácter acabado o no de la relación para resolver la retroactividad de la norma aboca a un concepto excesivamente amplio de la misma y desvirtuaría en buena medida el principio de irretroactividad.

Parece por ello más razonable fijar la atención a si las consecuencias jurídicas de la nueva norma se extienden al pasado o solo se proyectan hacia el futuro. De esta forma, la retroactividad solo será predicable de la norma si sus efectos afectan a momentos anteriores a su entrada en vigor. El que la relación jurídica a la que la norma atañe no se haya agotado resultará irrelevante, cosa lógica si se tiene en cuenta que tal carácter de tracto sucesivo hace más que probable que así sea.

---

<sup>173</sup> BVerfGE 72, 200, 241.

<sup>174</sup> BVerfGE 45, 142, 167.

<sup>175</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., «Límites constitucionales a la innovación legislativa, retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado. (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, pág. 109.

Dilucidado el carácter retroactivo con arreglo al citado criterio, será el momento de valorar si se está ante un supuesto de retroactividad prohibida, no ya por incardinarse en alguno de los supuestos que el artículo 9.3 de la Constitución específicamente contempla sino por mor de la colisión con los principios de seguridad jurídica o de confianza legítima<sup>176</sup>. No en vano ambos se erigen en los parámetros que integran el canon de constitucionalidad de las normas retroactivas.

#### **4.4 Derechos adquiridos, derechos individuales y expectativas.**

Cuánto viene exponiéndose está llamado a desembocar en el aspecto referente a qué merece la protección de la garantía de la irretroactividad. Si el concepto mismo de retroactividad supone el aspecto formal, el ámbito sustantivo de la prohibición viene representado por la referencia que en el artículo 9.3 de la Constitución se contiene a *«las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»*.

Constituyen los derechos adquiridos (*«iura quaesita»*) uno de los temas mas recurrentes en nuestra doctrina constitucional y legal. Aportar algo novedoso en torno a los mismos resulta una tarea inalcanzable. Perfilar definitivamente su concepto y contenido, quizá imposible<sup>177</sup>. El modesto objetivo que pretende alcanzarse en este apartado pasa por tratar de dotar de un contenido práctico al concepto de derechos individuales o, lo que es lo mismo, asignarle un fundamento que sirva para medir el recurso al riesgo regulatorio. Y es que, como significa HERNÁNDEZ SERNA, *«casi 40 años después de la entrada en vigor de la Constitución»* el supremo intérprete de la misma no ha encontrado -pese a las múltiples invocaciones a tal efecto realizadas- *«ni un solo supuesto al que aplicar esta garantía constitucional»*, haciendo que la norma quede *«vacía de contenido»*<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> En tal sentido, la STC 234/2001, de 13 de diciembre, considera menoscabado el *«principio de confianza legítima de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de éstos en el Ordenamiento jurídico aplicable»* [F.J. 11º]. Y recuerda 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, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE»* [F.J. 11º].

<sup>177</sup> NIETO, A., *«Los derechos adquiridos de los funcionarios»*, Revista de Administración Pública, (39), septiembre - diciembre 1962, pág. 241. Trae a colación el autor sendas citas muy ilustrativas acerca de la indefinición del concepto de derechos adquiridos. De una parte, la que se atribuye a DUGUIT y de acuerdo con la cual *«nadie ha sabido nunca qué es un derecho adquirido»*. De otra, la de ROUBIER, para quien un derecho adquirido es un *«pabellón que cobija las mercancías más diversas»*.

<sup>178</sup> HERNÁNDEZ SERNA, M., *«La garantía constitucional de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Comentario a las SSTCo 45/2018, de 26 de abril y 51/2018, de 10 de mayo»*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, (1), febrero 2019, pág. 2.

No se trata, se insiste, de una preocupación actual. Tiene por ello interés traer a colación algunas de las aportaciones más significativas que desde su origen se han realizado en torno a esta cuestión. Al respecto, KELSEN concebía ya el derecho subjetivo, «o como interés jurídicamente protegido -es decir, objetivamente jurídico, protegido por normas de Derecho-, o como querer jurídicamente reconocido. En ambos casos, el acento recae sobre un momento metajurídico, obstinadamente situado más allá del Derecho, frente al cual éste no constituye sino un medio, un instrumento de protección o garantía»<sup>179</sup>. Encontraba en la Teoría del derecho subjetivo «frente a frente» las «direcciones subjetivista-individualista y objetivista-universalista» en función de que se le diera preponderancia al interés subjetivo individual o al interés colectivo. En todo caso, afirmaba el predominio del «matiz subjetivista e individualista».

En línea con lo anterior, para la escuela del Derecho Natural, la libertad se identifica con el derecho individual y, por ende, se concebía a la voluntad como la esencia del Derecho. Considera en este punto JELLINEK que en el derecho subjetivo convergen tanto un aspecto formal (la voluntad) como un elemento material (representado por los bienes e intereses). Postula por ello que el derecho subjetivo es el «poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden jurídico»<sup>180</sup>.

En lo que hace a la titularidad de los derechos subjetivos, distingue JELLINEK entre el Estado, quien ostenta el orden jurídico público, y los individuos. Considera por ello que «el Derecho público objetivo, de una parte, y el subjetivo del Estado, de otra, están condicionados por el hecho de que tanto el Señor o Soberano cuanto los súbditos, sean sujetos de Derecho»<sup>181</sup>. En interpretación de lo anterior, FERNANDO DE LOS RÍOS, en su traducción y Prólogo de la obra central de JELLINEK<sup>182</sup>, atribuye al jurista alemán que al ser todo Derecho relación entre sujetos de Derecho, «no se puede pensar en un de éstos totalmente aislado» y de ahí que «si el Estado ha de tener derechos, necesita reconocer otras personas de las que pueda exigir, esto es, respecto de las cuales tenga derechos; una relación efectiva de poder adviene jurídica si los dos miembros de la relación, dominante y dominado, se reconocen uno a otro como mutuos titulares de derechos y deberes».

---

<sup>179</sup> KELSEN, H., «Teoría general del Derecho», Comares, 2002, pág. 91.

<sup>180</sup> JELLINEK, G., «System der subjektiven öffentlichen Rechte», Tübingen, 1905, págs. 43 y 44.

<sup>181</sup> JELLINEK, G., op. cit., pág. 10.

<sup>182</sup> JELLINEK, G., «Teoría general del Derecho», B de F, 2005, pág. 46.

Sobre tales premisas y volviendo a la cláusula «*disposiciones restrictivas de derechos individuales*», con la misma se estaría mirando «*al amplio horizonte del Derecho entero*»<sup>183</sup>. Las posiciones doctrinales a la hora de delimitar el concepto de «*derecho individual*» han transitado desde la de identificarlo con el derecho adquirido (tesis prontamente rechazada por el Tribunal Constitucional - STC 27/1981, de 20 de julio) a incluir en su seno la totalidad de los derechos y libertades del Título I de la Constitución o, en lo que parece la posición más aceptada, con los derechos fundamentales y libertades públicas o la esfera general de protección de la persona (Sección 1ª del Capítulo II del Título I - artículos a 15 a 29). Asimismo, ha concluido el Tribunal Constitucional que la restricción de derechos individuales ha de equipararse a la idea de «*sanción*» (STC 42/1986, de 10 de abril).

Pues bien, en lo que hace a los derechos adquiridos, desde la STC 27/1981, de 20 de julio, se viene afirmando la necesidad de «*rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos*» en la medida en que la Constitución no hace uso de tal expresión y -presume el Tribunal Constitucional- si fue soslayada por los constituyentes no fue «*por modo causal*» sino porque su teoría ni concierne al Poder Legislativo ni al propio Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento. En todo caso, derecho adquirido se ha venido identificando con «*derecho consolidado, asumido e integrado en el patrimonio del sujeto*» (STC 70/1988, de 19 de abril).

Es decir, la noción del derecho adquirido no es ajena a la doctrina constitucional. En lo que el Tribunal pone el acento es en que las normas jurídicas pueden tener efectos retroactivos aun cuando derechos adquiridos estén concernidos. Considera con ello que nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno, «*entre otras razones, porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico*» (STC 197/1992, de 19 de noviembre). La limitación que contempla viene dada por los ámbitos a los que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución. A ella, como se ha expuesto, debe añadirse la representada por los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en tanto que integrantes del canon de constitucionalidad de las normas retroactivas. Eso sí, como apunta BARRERO RODRÍGUEZ, para las ocasiones «*excepcionales desde luego, en que la norma retroactiva produzca una privación de derechos adquiridos habrán de ponerse en marcha los cauces indemnizatorios establecidos en la propia Constitución*» y que señala vendrían representados por la responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> LÓPEZ MENUDO, F., op. cit., pág. 94.

<sup>184</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., «*El respeto a los derechos adquiridos*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 155 y 156.

Perfilada la forma en la que el derecho adquirido resulta afectado por la garantía de irretroactividad y la consecuencia que tiene tal afectación, conviene deslindar su concepto del de la expectativa. En tal caso se está ante derechos pendientes, futuros o condicionados. La ilustrativa Sentencia de la Sala Tercera (Sección 6ª) de 28 de mayo de 2001 (rec. 462/1997) distingue entre expectativas indiferentes para el Derecho, que se mueven en el terreno de la utopía, y las expectativas jurídicas, que se encontrarían en el plano de lo humanamente alcanzable. En lo que se refiere a éstas últimas, aun cabría distinguir entre:

-De un lado, las que atañen a la eventual consolidación de una situación de hecho de la que han de derivarse las consiguientes consecuencias. Así, por ejemplo, las expectativas urbanísticas, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales (que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación) no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida.

-De otro, las que se refieren a una situación jurídica subjetiva. Éstas giran en torno a la generación de un status en el administrado por la presencia de la esperanza de un derecho futuro, de un derecho «*in fieri*», en formación. Se trata, también en el decir de la Sala Tercera, de una «*situación interina que el legislador protege de forma transitoria en tanto se produce su definitiva consolidación, pero no un derecho que se hubiera incorporado a su patrimonio*». Constituyen, en definitiva, derechos que para consolidarse o adquirirse requieren de su concreción en actuación o disposición ulterior, de suerte que mientras ello no se haya producido no cabe incurrir en supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo.

Deslindados los conceptos de derechos adquiridos y expectativas, procede el análisis de la noción de «*derechos individuales*» que el artículo 9.3 de la Constitución configura como garantía de la irretroactividad cuando de «*restricción*» de los mismos se trata. A tal fin, los conceptos que acaban de abordarse conducen sin dificultad a la sugerente aplicación de la antes apuntada teoría de las situaciones jurídicas de DUGUIT<sup>185</sup>.

Con base en la misma se explica ágilmente el status predicable de los funcionarios, en virtud de la relación de especial sujeción que con la Administración les vincula y la naturaleza estatutaria de la misma. Éstos, con ocasión de su ingreso al servicio de la Administración

---

<sup>185</sup> Tal teoría ha sido vista como una «*vía de escape de una interpretación directa del artículo 9.3 de la Constitución*». En tal sentido, LÓPEZ MENUDO, F., op. cit. pág. 102.

Pública, se colocan en una «*situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando*»<sup>186</sup>.

Cuestión distinta son las situaciones jurídicas subjetivas, en tanto respuesta a una protección especial e individual y que precisan para su generación de un acto singular distinto de la ley o del reglamento. El salto cualitativo de la situación estatutaria (normativamente regida y respecto de la que no puede pretenderse un mantenimiento de su régimen jurídico), al derecho individual en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución (protegido por la garantía de irretroactividad en su restricción) tiene lugar así a través de un acto «*nominativo*» y que da lugar a la «*patrimonialización de un derecho*»<sup>187</sup>. De qué se considere en realidad como tal y de la extensión que del concepto de situación estatutaria se configure dependerá la mayor o menor amplitud de la noción derechos individuales y la operatividad del límite a su restricción.

Conviene cerrar el análisis de cómo han de ser entendidos los derechos individuales con el enfoque que efectúan GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ<sup>188</sup>. Parten del administrado no como destinatario exclusivamente de «*situaciones jurídicas pasivas*» (deberes, sujeciones u obligaciones) sino también como titular de «*situaciones jurídicas activas frente a la Administración*». Entre éstas últimas, la primera que se reconoce es la figura de la potestad, respecto de la que cabe predicar:

a) De un lado, que se define por oposición al concepto de derechos subjetivos. Ello en el sentido de constituir una «*manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por lo tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta*».

b) De otro, que no se atribuye en exclusiva a la Administración sino que también de la misma pueden ser titulares los administrados, «*tanto en el ámbito del Derecho Privado como en la esfera del Derecho Público*». Dentro de estas últimas se incluyen precisamente las «*tradicionalmente calificadas de derechos subjetivos*» y, en particular, los derechos de naturaleza patrimonial (ya obligacionales -contractuales, extracontractuales y legales-, ya

<sup>186</sup> Sobre tal particular, por todas, STC 99/1987, de 11 de junio.

<sup>187</sup> HERNÁNDEZ SERNA, M., op. cit., pág. 7.

<sup>188</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., «*Curso de Derecho Administrativo I*», Thomson Civitas, 2004, págs. 94 a 96 y 450 a 452; y «*Curso de Derecho Administrativo II*», Thomson Civitas, 2006, págs. 28 a 30 y 34 a 35.

reales); los derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares (autorizaciones, concesiones, licencias, subvenciones, entre otros) y las «*situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos*». En la formulación que así se presenta todos ellos revestirían la condición de derechos individuales y se encontrarían bajo el paraguas de la fórmula constitucional que se viene examinando.

#### 4.5 Aplicación práctica de la teoría de las situaciones jurídicas al riesgo regulatorio.

Para poner de manifiesto la utilidad que puede presentar la teoría de las situaciones jurídicas a la hora de definir la irretroactividad como límite a la doctrina del riesgo regulatorio nada mejor que acudir a la forma en la que la misma resultó aplicada por la Sala Tercera en sendas ocasiones a propósito del examen de las modificaciones en los incentivos a las renovables operadas a partir del año 2013.

-En el primero de ellos, la controversia -en lo que ahora interesa- giraba básicamente en torno a la aplicación o no de forma retroactiva del método de actualización o revalorización que se instituyó (en particular, si incidía sobre derechos ya consolidados o sobre las expectativas de actualización conforme a un determinado IPC)<sup>189</sup>. La mayoría de la Sala consideró que no se estaba ante un derecho individual del artículo 9.3 de la Constitución sino ante meras expectativas de situaciones en curso de consolidación<sup>190</sup>. Para ello se afirmó que las tarifas y primas del año 2012 habían agotado su eficacia a fecha 31 de diciembre de ese año y que, por tanto, no podían exigir los titulares de las instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial más que contar con una expectativa de que en el año 2013 se produciría una revalorización de las tarifas y primas, pero no el derecho a percibir la actualización en un determinado porcentaje, derecho que sólo se concretó con la Orden en cuestión. Llega a admitirse el retraso «*de pocos días*» en la aprobación y publicación de la Orden de peajes y tarifas respecto a la fecha a la que se retrotraen sus efectos pero justifica que ello, aunque «*no es, obviamente, deseable*», tampoco era «*desconocido en el sector*».

-El segundo de los supuestos se genera con el nuevo régimen retributivo introducido por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, completado por la LSE. También aquí la mayoría de

---

<sup>189</sup> Como se analizó en el Capítulo I, el objeto del recurso venía dado por la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecían los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

<sup>190</sup> Sentencia de 16 de marzo de 2015 (rec. 118/2013).

la Sala<sup>191</sup> rechaza la vulneración del principio de irretroactividad sobre la base de una interpretación claramente generosa con la Administración. Ello por cuanto, si bien se acepta que para el cálculo de la rentabilidad razonable se han de tomar en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado, proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, se interpreta que ello solo implica que el cálculo de la rentabilidad razonable se calcula sobre toda la «*vida útil regulatoria*» pero sin devolver cantidades anteriormente percibidas.

Ambas posiciones mayoritarias son rebatidas en los Votos particulares de los que se dio cuenta en el Capítulo I. En lo que ahora importa, de sumo interés resulta el formulado por el Magistrado Sr. Calvo Rojas, quien, en cuanto al primero de los pronunciamientos mentados, resalta que el cambio en el método de actualización operó retroactivamente respecto de los efectos producidos desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2013, con la consiguiente vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Destaca que las Ordenes Ministeriales que establecen los peajes de acceso y la actualización de tarifas y primas no vienen referidas a un ejercicio en concreto o períodos de tiempo acotados sino que se articulan de forma indefinida. A comienzos del 2013 seguía en vigor la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, que venía rigiendo desde el 1 de abril de 2012, de forma que cuando la Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, dictada en cumplimiento del Real Decreto-ley 2/2013, introduce la modificación en el régimen de actualización con efectos desde el 1 de enero de 2013, afectó no solo a meras expectativas sino a derechos ya consolidados. Y es que *«de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la contratación se perfecciona “cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica”, de manera que, por lo que se refiere al suministro realizado durante el mes de enero y los primeros días de febrero de 2013 existía un derecho consolidado a la correspondiente contraprestación que debería ser cuantificada (liquidada) con arreglo al régimen normativo vigente en ese período»*.

Por lo que al segundo pronunciamiento respecta, articulando no solo el análisis del principio de irretroactividad sino también los de seguridad jurídica y confianza legítima, advierte que la modificación operada en el año 2013 implicaba un *«cambio global del sistema»*, pese a lo cual no se contempló un *«régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre sobre las instalaciones que existían con anterioridad»*. A tal efecto, resalta que el *«tándem normativo constituido por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no se limita a tomar en consideración las rentabilidades que las instalaciones preexistentes habían obtenido hasta julio de 2013 para,*

---

<sup>191</sup> Por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 10 de junio de 2016 (rec. 554/2014).

*teniendo en cuenta ese dato, establecer la rentabilidad razonable pro futuro*». Señala que de lo que se trataba era de enjuiciar toda la actividad pasada de las instalaciones preexistentes proyectando sobre ella la nueva normativa, como si hubiesen operado desde un primer momento sometidas a la nueva regulación. El resultado a lo que ello forzosamente abocaba es que las instalaciones siempre habrían estado sujetas a la normativa que ahora se introducía, como si no hubiese existido regulación anterior y toda la vida de la instalación hubiese sido *«un continuo homogéneo sometido ex tunc al nuevo régimen regulatorio»*.

Fácilmente puede inferirse la condescendencia que el Tribunal Supremo tuvo con el titular de la potestad reglamentaria. Tratamiento generoso al que no fue ajeno -en lo que al legislador se refiere- el Tribunal Constitucional que en su STC 270/2015, de 17 de diciembre, llega a admitir la existencia de *«una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo»*. Ello en referencia al Real Decreto-ley 9/2013 que, pese a entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplicaban ya a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014.

Pues bien, llegados a este punto, debe convenirse con el Magistrado discrepante que en los dos casos analizados la innovación normativa no solo vulneraba la irretroactividad que el artículo 9.3 garantiza sino también implicaba una infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. El Tribunal Supremo -apoyándose en una interpretación poco garantista del Tribunal Constitucional- avaló unas modificaciones normativas que difícilmente hubieran podido hacer más para merecer el reproche ya desde la perspectiva del control de constitucionalidad, ya de la legalidad ordinaria.

a) En las relaciones jurídicas de tracto sucesivo procedería tener por retroactiva aquella norma que extiende su ámbito de aplicación temporal -en cualquiera de los efectos que está llamada a producir- a un momento anterior a su entrada en vigor. Se está entonces ante una norma que retrotrae en algún aspecto sus consecuencias jurídicas. Tal criterio parece preferible al de atender a si se está o no ante relaciones jurídicas agotadas, circunstancia ésta difícilmente discernible en el ámbito de esas obligaciones continuadas en el tiempo y que sin dificultad conduciría a excluir la garantía de la irretroactividad. Tal planteamiento, en el primer caso que acaba de describirse, permitiría con facilidad constatar como la norma cambia el método de actualización de forma retroactiva, afectando a un lapso temporal en el que aun no había sido dictada y en el que sí que regía el método precedente, en vigor de forma indefinida en tanto no fuera aprobado el que le sucediera. En cuanto al segundo supuesto aludido, la irretroactividad proscrita se observa de forma aun más nítida desde el momento en el que, como se señala en el Voto particular, se disponen uno nuevos parámetros para el cálculo de la retribución que no se

aplican desde el momento en que entran en vigor sino que sus efectos se proyectan hacia el pasado, esto es, al comienzo de funcionamiento de la instalación.

b) La otra propuesta que se anticipó se refiere a la conveniencia de diferenciar entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Como se señaló, mientras que las primeras resultan alterables con la modificación del régimen jurídico que las rige, las segundas estarían protegidas de cara a ser restringidas por la irretroactividad en tanto que «*derechos individuales*». En el primer caso que ha sido expuesto, resultaba evidente que el acto singular o nominativo que daba lugar a la patrimonialización de un derecho (y que, por tanto, vedaba la posibilidad de que fuera restringido de forma retroactiva) venía dado por el contrato que *ex* artículo 24 LSE1997 se perfeccionaba con el suministro de energía eléctrica. De esta forma, no cabía una modificación «*in mala partem*» de la contraprestación que venía fijada. También aparece como evidente la configuración de una situación jurídica subjetiva en el segundo supuesto. La oferta de un régimen retributivo específico no enmarca a los operadores en una situación jurídica objetiva, configurada legal y reglamentariamente, sino que surge un vínculo contractual. Cuando se modifican los parámetros con arreglo a los que calcular rentabilidad razonable y se aplican a toda la «*vida útil regulatoria*» se está ante un supuesto de retroactividad auténtica y no ante una simple retroactividad impropia o retrospección solo por el hecho de que no hayan de devolverse cantidades anteriormente percibidas. Se configura en realidad un régimen jurídico «*ex tunc*» por cuanto tales parámetros no rigen desde su entrada en vigor sino que retrotraen sus efectos al inicio de la vida útil de la instalación, en perjuicio del operador y sin haber previsto régimen transitorio o compensatorio de ningún tipo.

En definitiva, tratándose de una actividad administrativa de fomento o incitativa de la actuación de los interesados en un ámbito en el que son precisas considerables inversiones, la interpretación que se critica solo debe calificarse como extremadamente benévola con la Administración. Y es que por más que sea un ámbito sujeto a intervención administrativa, las modificaciones descritas debían ser compatibles con la intangibilidad de los derechos individuales de los operadores, circunstancia que no puede entenderse que sucediera.

#### **4.6 Atemperación de las consecuencias del cambio normativo: el Derecho transitorio.**

Conviene acabar este apartado siquiera con una sucinta referencia a otro de los aspectos que debieran entrar en liza cuando se examina la retroactividad de la norma y la implicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Se trata de la necesidad de prever regímenes transitorios que permitan a las normas retrospectivas desfavorables aminorar los efectos gravosos que las mismas traen consigo.

En tal sentido, apunta BACIGALUPO SAGGESE que la inconstitucionalidad de una norma con carácter retrospectivo desfavorable no puede derivarse de la simple ponderación entre el interés público en la modificación normativa y el contrapuesto de los ciudadanos afectados en el mantenimiento del «*statu quo*». Se refiere de esta forma a que resultaría decisiva la «*no previsión en la ley de medidas que amortigüen el efecto defraudatorio de al confianza*», ya consistan en la «*previsión de un régimen transitorio o en cualesquiera otras medidas de carácter compensatorio*»<sup>192</sup>.

Lógicamente, no cabe precisar “*a priori*” y a modo de clasificación general cuáles sean tales disposiciones transitorias o medidas compensatorias. De lo que se trata es que el cambio normativo, aun cuando resultare imprevisto, no abocare a la causación de un daño antijurídico o, de generarlo, que resultase el mínimo posible. Entra aquí en juego otro de los principios informadores del ordenamiento jurídico cual es el de la responsabilidad de los poderes públicos. Una responsabilidad que, como se expuso, caso de concurrir, habría de demandarse esencialmente por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Sucede no obstante que los estrechos márgenes que en lo material ésta habilita y las cada vez más rígidas exigencias procedimentales a las que se supedita hacen que resulten rara vez estimadas las pretensiones indemnizatorias.

## **5. La justificación de la norma. Motivación exigible. Estado de necesidad.**

### **5.1 Justificación de la iniciativa normativa.**

Con ocasión del examen de los principios de buena regulación que prevé la LPACAP, se expuso en el Capítulo III que los principios de necesidad y eficacia demandan que la iniciativa normativa esté «*justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución*» (artículo 129.2 LAPCAP)<sup>193</sup>. Así las cosas, la razón que sirva de justificación a la norma aboca a la motivación que se exige de forma particular. Tal motivación habrá de contemplarse en la Exposición de Motivos o el Prólogo, no habiéndose de reputar “*a priori*” suficiente una mera invocación genérica de las razones que la determinan sino siendo preciso un razonamiento singular al respecto.

---

<sup>192</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., op. cit., pág. 129.

<sup>193</sup> La citada STC 55/2018, de 24 de mayo, determina que solo será predicable en el ámbito de la Administración General del Estado y sin perjuicio de lo que las legislaciones autonómicas establezcan.

En este sentido, una de las previsiones que ha de contemplar la memoria del análisis de impacto normativo viene dada por la acreditación de la *«oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas»*, habiéndose de incluir *«una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación»* (artículo 26.3 a) LG). Esta previsión se desarrolla en el RMAIN y resulta de aplicación tanto al procedimiento de elaboración de normas con rango de ley como al de reglamentos, configurando la elaboración de la memoria como una obligación del centro directivo competente.

En la misma habrán de explicarse la *«oportunidad de la propuesta de norma»* y ésta, en todo caso, incluirá, de un lado, la *«identificación clara de los fines y objetivos perseguidos»* (artículo 2.1 a) 1º RMAIN). De otro y sin perjuicio de la *«preceptiva justificación que deba figurar en el preámbulo o exposición de motivos de la norma»*, se contendrá una *«explicación de su adecuación a los principios de buena regulación»* y, en particular, a los *«principios necesidad y eficiencia, justificando la razón de interés general en la que se funda, y que es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. También deberá contener una explicación de su adecuación al principio de proporcionalidad, de forma que la iniciativa contenga la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios»* (artículo 2.1 a) 2º RMAIN). Se exige un *«análisis de alternativas»*, comprensivo de una justificación de la necesidad de la norma *«frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación»* (artículo 2.1 a) 3º RMAIN). La memoria habrá de incluir también un análisis jurídico y de contenido de la norma, resumiendo las principales novedades que introduce, con expresa referencia a su *«engarce con el derecho nacional y de la Unión Europea»* (artículo 2.1 b) RMAIN).

Finalmente, habrá de abordarse el análisis del impacto económico y presupuestario (artículo 2.1 d) RMAIN). En virtud del primero, se evaluarán las consecuencias de la aplicación de la norma a los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento con estas materias.

Como fácilmente puede inferirse, dependerá en buena medida del rigor con el que se exija el cumplimiento de las previsiones anteriores en la práctica interpretativa de los Tribunales así como de las consecuencias que a su omisión o defectuosa satisfacción en su caso se anuden el que éstas no pasen de ser meras declaraciones de buenos propósitos o tengan una efectiva incidencia en la calidad normativa, obligando ya al legislador, ya al responsable de ejercer la potestad reglamentaria, a que motive y valore la necesidad de la iniciativa.

No debe perderse de vista que la «*occasio legis*», además de referirse a las circunstancias que constituyen la razón de ser de la norma, puede vincularse a la voluntad del legislador y ésta, a su vez, representar un parámetro interpretativo esencial de la misma. La «*occasio legis*» se define por DE DIEGO como «*la circunstancia histórica que sirvió de motivo y pretexto para la publicación de la ley, y es también un índice para descubrir el fin y el ámbito de la misma*»<sup>194</sup>. Recordemos que el artículo 3.1 del Código civil establece que las normas se interpretarán, entre otros, a través de sus «*antecedentes históricos y legislativos*» y «*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Si el espíritu representa la voluntad del legislador, la finalidad (o «*intentio legis*») se identifica con la «*ratio*» de la norma.

A este respecto, apunta CASERO BARRÓN<sup>195</sup> que «*la extensión no es posible sino sobre la base de una reconstrucción del pensamiento del legislador, que puede superar el significado concreto de la palabra, pero nunca el ámbito en el que la voluntad se encuentra circunscrita*», debiendo el intérprete, sobre la base de tal concepción voluntarista, acudir ya a la «*voluntad tácita del legislador*», ya a la «*presunta*». Y en cuanto a la «*ratio legis*», la sitúa como un producto evolutivo desde la «*voluntas*» del legislador, llegando a un «*legislador ideal, cuya voluntad expresa solamente lo que es razonable, y que desplaza al legislador histórico*».

## 5.2 Estado de necesidad.

La justificación del por qué de la norma llevará en no pocas ocasiones a señalar como causa de la misma el propósito de hacer frente a una determinada necesidad o razón inaplazable. El mecanismo en nuestro Derecho previsto a tal fin viene dado por las disposiciones legislativas provisionales que adoptan la forma de Decretos-leyes conforme al artículo 86 de la Constitución<sup>196</sup>. En el supuesto que viene haciendo de hilo conductor, el de las modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables, los sucesivos Preámbulos o Exposiciones de

---

<sup>194</sup> DE DIEGO, C., «*Instituciones de Derecho Civil*», Artes Gráficas Julio San Martín, 1959, págs. 145-146.

<sup>195</sup> CASERO BARRÓN, R., op. cit., pág. 120.

<sup>196</sup> El presupuesto habilitante de la «*extraordinaria y urgente necesidad*» no reviste el carácter de «*cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes*», razón por la cual el Tribunal Constitucional declara que puede «*en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante*» [en tal sentido, SSTC 237/2012, de 13 de diciembre (F.J. 4º) y 39/2013, de 14 de febrero (F.J. 5º)].

Motivos de las normas que lo han ido configurando hacen referencia al «*carácter insostenible del déficit del sector eléctrico*» y a «*la necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner término a dicha situación*»<sup>197</sup>.

A tal efecto, desde el punto de vista del Derecho internacional resulta interesante traer a colación el articulado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas y de la que ésta tomó conocimiento el 12 de diciembre de 2001<sup>198</sup>. En su artículo 25 se dispone que la necesidad «*no puede ser invocada por un Estado como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho no conforme con una obligación internacional de ese Estado, a menos que el hecho: (a) sea el único medio que tiene el Estado para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y (b) no perjudica gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con los que existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto*» (apartado 1º). Igualmente, descarta que «*el estado de necesidad se invoque por el Estado como causa de exclusión de la ilicitud si: (a) la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o (b) el Estado ha contribuido a la situación de necesidad*» (apartado 2º).

Ahora bien, ¿pueden situaciones de crisis económica servir de justificación para modificaciones normativas al amparo de un pretendido estado de necesidad? En principio, siempre que se produjera con sujeción a los requisitos que acaban de referirse, debería admitirse tal posibilidad. De hecho, en la práctica arbitral desde hace ya más de un siglo vienen abordándose litigios en los que tal invocación tiene lugar<sup>199</sup>. Mas cercanos en el tiempo -y también más ilustrativos- son los numerosos procedimientos arbitrales que enfrentó Argentina con ocasión de la crisis financiera que se acentuó a comienzos de los años 2000<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> Esta es la justificación que aparece en el apartado I del Preámbulo del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

<sup>198</sup> «*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*», Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. El texto del mismo puede encontrarse en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). [Última visita 31/7/22].

<sup>199</sup> En tal sentido, en el asunto *Russian Indemnity* entre Rusia y Turquía, se dicta laudo el 11 de noviembre de 1912 en el que se admite la hipótesis de que las extremas dificultades económicas por las que Turquía atravesaba pudieran esgrimirse frente a la reclamación si bien ésta fue finalmente rechazada al entenderse insuficiente la cantidad adeudada desde la perspectiva global de la economía.

<sup>200</sup> Pueden citarse los asuntos *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case N° ARB/01/8; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/3; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/9 o *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/02/1.

Si bien con pronunciamientos de distinto signo en función de las circunstancias que en cada supuesto se consideraron preponderantes (en algunos casos no se entendió fundado el estado de necesidad mientras que en otros sí), de los laudos dictados en los procedimientos que tuvieron como demandada a Argentina se desprende que unas dificultades económicas de extrema gravedad como las que atravesaba el país podrían integrar un supuesto de estado de necesidad. Ello no en función de las específicas previsiones de Derecho interno o de la doctrina de los Tribunales del país anfitrión de la inversión sino por mor de lo dispuesto en el Derecho internacional consuetudinario (positivado en el citado articulado de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas) y en la medida en que la existencia del Estado, su estabilidad o incluso su supervivencia económica se encontrara en cuestión.

### **5.3 Protección del derecho de la propiedad desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

El artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH) establece que *«toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho al goce pacífico de sus posesiones. Nadie será privado de sus posesiones, salvo por motivos de interés público y conforme a las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional»*. Añade, en todo caso, que ello se entiende sin perjuicio del *«derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas»*.

En la medida en que un cambio normativo puede traer consigo (de hecho, es lo que usualmente constituye la razón de ser de las pretensiones actuadas) una afectación al derecho de propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha perfilado el contenido de este derecho a la luz del citado precepto. Adviértase que en éste, al margen de habilitar a los Estados signatarios a que ejerzan su potestad normativa en lo que al uso de los bienes se refiere, ni se alude a facultades expropiatorias ni se precisa derecho a compensación. Es evidente en todo caso que tanto unas como otro pueden establecerse con arreglo al Derecho interno.

De la práctica interpretativa del TEDH se desprende el reconocimiento de un margen holgado para apreciar la legitimidad o necesidad de las injerencias en el derecho de la propiedad. Asimismo, a tales exigencias ha de añadirse una tercera como es la representada por la adecuada ponderación entre los intereses públicos y el individual afectado. Se diferencia a tal

fin -y en función de la intensidad de la actuación del poder público- entre privación de la propiedad, interferencia en su disfrute o regulaciones de uso.

En lo que hace a la delimitación entre privaciones (directas o indirectas) e interferencias al dominio, el TEDH incide en los términos de la compensación para dilucidar si la normativa cuestionada es respetuosa con el equilibrio de los intereses en juego o, si por el contrario, comporta el establecimiento de una carga desproporcionada<sup>201</sup>. Así las cosas, el afectado por la medida tendría derecho a una adecuada compensación y, si ésta no se previene, generalmente se considera que se está ante una carga excesiva y desproporcionada. Por otra parte, el fin perseguido por la medida también deviene determinante para decidir si ha de existir compensación y, en su caso, si ésta resulta proporcionada. Otro tanto cabe predicar de su procedencia o proporcionalidad.

Muestra de lo anterior lo encontramos en la Sentencia *Koufaki and Adedy v. Greece*, de 7 de mayo de 2013. En la misma se trataba de analizar las medidas adoptadas por el Gobierno griego con ocasión de la crisis de deuda soberana que se desarrolla fundamentalmente entre 2008 y 2013. Tales medidas afectaban al conjunto de funcionarios públicos y se traducían en recortes de salarios, reducción o eliminación de beneficios fiscales o sociales (vacaciones, subsidios de Navidad, entre otros). Discurre la Sentencia por las líneas fundamentales de la doctrina del TEDH acerca del margen de apreciación de los Estados en materia de políticas sociales y económicas y la aplicabilidad de los principios del artículo 1 del Protocolo 1 a cuestiones relativas a salarios o pensiones. Significa que toda injerencia debe ser legal, buscar un objetivo legítimo de interés público y no afectar de forma individualizada y desproporcionada a administrados en particular. La aplicación de lo anterior a las circunstancias concurrentes llevó a entender que no se estaba ante una privación sino ante una «*interferencia en el goce pacífico de la posesión*», siendo así que la siguiente etapa del análisis pasaba por dilucidar si se había alcanzado un equilibrio justo. Nuevamente en ese aspecto la verificación de si había existido una carga excesiva para la demandante constituyó la cuestión decisiva.

## **6. Proyección de la cláusula «*rebus sic stantibus*» al ámbito de los cambios normativos.**

Parece oportuno finalizar el presente Capítulo con una serie de reflexiones en torno a las consecuencias que se pudieran derivar de la proyección de la cláusula «*rebus sic stantibus*» - pese a su carácter eminentemente iusprivatista- en el ámbito de las modificaciones normativas y el papel que el riesgo regulatorio está llamado a desarrollar en ellas.

---

<sup>201</sup> En tal sentido, Sentencia *Turgut and Others v. Turkey*, de 8 de julio de 2008 o *Althoff and others v. Alemania*, 8 de diciembre de 2011.

Tal cláusula es desconocida por nuestro Código civil y tampoco tiene acogida en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a raíz fundamentalmente de la Guerra Civil comenzó a ser invocada de forma mas habitual, lo que se tradujo en una recepción jurisprudencial en principio restrictiva. En la última década -y a través de los diversos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a los que a continuación se aludirá- ha alcanzado cierta relevancia. A buen seguro las consecuencias generadas por la pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19 representarán una buena ocasión para constatar el desarrollo del principio y la verdadera extensión en su aplicación.

Sentado lo anterior, debe comenzar señalándose que el principio *«pacta sunt servanda»* no resulta incompatible con la posibilidad de revisar las condiciones de los contratos, especialmente cuando de contratos de tracto sucesivo se trata. Ante todo, un principio de justicia material lo demanda, vinculado a la ruptura del equilibrio de las condiciones. En virtud del principio *«rebus sic stantibus»* cabe entonces modificar los términos de aquéllas para adaptarse a las nuevas circunstancias, restaurando el equilibrio desaparecido. La razón de ser del principio radica, ante todo, en la equidad y en la buena fe<sup>202</sup>. Si las circunstancias cambiaron y lo hicieron de forma sustancial no cabría, pues, exigir a la contraparte el cumplimiento de las obligaciones que le incumbían en la forma que venían fijadas.

A la equidad se refiere de forma específica el artículo 3.1 del Código civil, de acuerdo con la cual la misma *«habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»*. La equidad puede contemplarse entonces:

-De una parte, como la ponderación a efectuar con relación a la valoración del caso concreto, plasmada en una idea de justicia y que se identifica con una regla de aplicación e interpretación de la norma que, si bien no con carácter excluyente, sí que debe tenerse en cuenta [en tal sentido, Sentencias de la Sala Primera N° 867/1992, de 8 de octubre (rec. 980/1990) y N° 1256/193, de 30 de diciembre (rec. 227/1991)].

-De otra, como una facultad para moderar el rigor de la ley, correspondiéndose mas bien con la búsqueda del criterio de proporcionalidad y que se escenifica en supuestos en los que la propia norma se remite a ella. En tal sentido, pueden citarse los artículos 1.103 (*«la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de*

---

<sup>202</sup> El artículo 1258 del Código civil prevé que los contratos obligan, *«no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*.

*obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos»)* y 1.154 del Código civil (*«el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»*).

Y a la equidad no resulta ajena la legislación en materia de contratos de nuestro entorno. La Ordenanza N° 2016/131, de 10 de febrero, con la que se completa la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos, refuerza estándares como el de equidad o buena fe incorporando soluciones jurisprudenciales. Afirma a este respecto CABRILLAC<sup>203</sup> que *«la reforma introduce mas justicia contractual en los textos»*. Ello se evidenciaría con la concepción del principio de buena fe como *«principio general de los contratos, al lado de la libertad contractual o de la fuerza obligatoria»*. Así, el artículo 1.103 señala que *«los contratos deben formarse y cumplirse de buena fe»*. Además, se prevé la posibilidad de excluir la cláusula de adhesión en los contratos de esta naturaleza en los que por mor de la misma se genere un desequilibrio considerable en los derechos y obligaciones de las partes.

Pero sin duda la innovación más relevante es la que representan los artículos 1.195 y 1.196. Según el primero, *«los contratos obligan no solamente a lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley den a la obligación de acuerdo con su naturaleza»*. Se rompería así con la tradición jurídica francesa, permitiendo al Juez la revisión del contrato en los supuestos en los que aprecie un desequilibrio. Es el artículo 1.196 el que prevé la premisa para que ello opere (*«un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de la celebración del contrato [que] hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir tal riesgo»*). En tal caso, ésta aparece facultada para solicitar una renegociación del contrato a la otra parte, mientras que la primera *«seguirá cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación»*. En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes podrán solicitar de común acuerdo al Juez que proceda a la adecuación del contrato. En su defecto, una parte podrá solicitar al Juez que ponga fin al contrato, en la fecha y los términos que éste estime oportunos.

La fórmula por la que se ha decantado el legislador francés guarda una notable semejanza con los intentos que se comienzan a desarrollar en nuestro país y a los que a continuación se hará referencia.

Volviendo a nuestra doctrina legal, sendas Sentencias de la Sala Primera han marcado el devenir de la interpretación y aplicación de la cláusula *«rebus sic stantibus»*. Se trata, de una parte, de la Sentencia (Pleno) de 17 de enero de 2013 (rec. 1579/2010) en la que, con estimación

---

<sup>203</sup> CABRILLAC, M., *«El nuevo Derecho francés de los contratos»*, Themis, (70), 2016, pág. 64.

del recurso de casación, se rechaza la resolución del contrato de compraventa a instancia de los compradores basada en la imposibilidad de obtener financiación para pagar la vivienda. El punto de partida para ello es admitir que «una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados» puede calificarse como «alteración extraordinaria de las circunstancias», apta para generar una «desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes» [F.D. 3º]. En todo caso, no basta con la constatación de tal circunstancia sino que reseña que han de apreciarse un conjunto de factores antes de decidir la aplicación de la cláusula<sup>204</sup>.

De otra, la Sentencia de la Sala Primera (Sección 1ª) de 30 de junio de 2014 (rec. 2250/2012), que supuso la aplicación de la cláusula a empresarios que habrían resultado perjudicados por el desequilibrio en las prestaciones. Atiende para ello el Tribunal Supremo a dos criterios a la hora de valorar la incidencia: de un lado, la afectación o no de la base del negocio (que se pierde cuando deviene inalcanzable la finalidad económica primordial del contrato o cuando desaparece su «conmutatividad», «expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones»). De otro, la base subjetiva también se diluirá cuando «la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

Para terminar de detallar la hasta ahora doctrina legal en torno a la cláusula «*rebus sic stantibus*» -que demanda de «una aplicación casuística, prudente y moderada»<sup>205</sup>- merece la pena aludir a la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2020 (rec. 2400/2017). En ésta, de sumo interés por cuanto no resulta aventurado predecir una avalancha de pleitos que funden sus pretensiones en tal regla, se exige una alteración, sobrevenida e imprevisible de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar de tal magnitud que incremente significativamente el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Precisa que no cabe apreciar tal alteración si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque se encontraba dentro de los riesgos normales del contrato. Se advierte en definitiva que es más fácil la aplicación de la regla en los contratos de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo, que en uno de corta duración en el que, a diferencia de aquél, difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio del mismo [F.D. 4º].

---

<sup>204</sup> En lo que hacía al caso, entre otros, «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia [...]; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de la financiación y sus causas concretas [...]».

<sup>205</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación», Anuario de Filosofía del Derecho, (33), 2017, pág. 95.

Se ha destacado que no se encuentra aun a día de hoy la cláusula positivada en el Derecho español. Un importante intento para ello es el que resultaba del artículo 1213 de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009<sup>206</sup> y que finalmente no cristalizó. Se establecía al efecto el siguiente texto: «*Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*».

En fechas recientes, la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE), a instancia del grupo de expertos integrantes de su «Gabinete de crisis en materia civil y mercantil», ha formulado otra propuesta a raíz de la situación sanitaria derivada por la pandemia. Consta de un artículo único intitulado «*Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato*». Se inspira en la doctrina legal referida, en la Propuesta a la que se ha hecho alusión, además de en los «Principios Europeos de Derechos de Contratos»<sup>207</sup>. Establece un cauce para la renegociación del contrato en estos términos: «*sin perjuicio de lo que pueda disponerse en normas especiales, si como consecuencia de la pandemia del Covid19 o de la situación económica causada por ella, las circunstancias que sirvieron de base a un contrato civil o mercantil hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato. Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial*»<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> El texto íntegro de la Propuesta puede encontrarse en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta\\_para\\_la\\_modernizacion\\_del\\_Derecho\\_de\\_obligaciones\\_y\\_contratos.\\_Ano\\_2009.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF) [Última visita 31/7/22].

<sup>207</sup> Vid. artículo 6.2.3 de los Principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales.

<sup>208</sup> El texto de la Propuesta se encuentra en: <https://thinkfide.com/propuesta-de-regulacion-legal-de-la-excesiva-onerosidad-de-la-prestacion-y-de-la-frustracion-del-fin-del-contrato-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-sobre-la-clausula-rebus-sic-stantibus/> [Última visita 31/7/22].

Está por ver si alguna de las iniciativas descritas se materializa en la positivación de una regla que, lejos de quedar en desuso, está llamada a ostentar un papel decisivo en tiempos próximos. Huelga advertir que con la referencia que se ha efectuado no se trata de extrapolar sin más un principio propio del Derecho Privado al campo de las situaciones jurídicas afectadas por modificaciones normativas. Sin embargo, la forma en la que se han ido perfilando los contornos por la Sala Primera de esta regla supone una interesante aportación a la hora de enfrentar aquellos casos en los que la innovación normativa resulta sobrevenida e imprevisible y contribuye a frustrar la finalidad de la inversión o actuación del administrado.

En lo demás, la invocación de la misma ante los órganos arbitrales ni es inusual ni sus implicaciones con el riesgo regulatorio resultan inéditas. Cabe así aludir a estos dos laudos:

a) De un lado, el dictado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) en fecha 25 de diciembre de 2012, que rechazó la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» en un supuesto de venta de participaciones sociales cuyo activo subyacente venía dado por participaciones en instalaciones de energía solar fotovoltaica. Se reclamaba entonces por la vendedora parte de la cantidad variable que constituía el precio aplazado y que aparecía vinculada a la cantidad de energía producida cada año pero no a la tarifa (la compradora había dejado de pagarlo). El fundamento de tal negativa a su pago radicaba en los cambios retributivos a las renovables que supusieron para la adquirente la pérdida de parte del precio subvencionado. Lo que resuelve el árbitro es que el cambio de tarifa no frustró al finalidad del contrato y, en todo caso, debió la compradora incluir una específica previsión al respecto en el mismo si lo que pretendía era imputar el riesgo en la disminución de la tarifa a la vendedora.

b) De otro, el laudo de la misma Corte de fecha 15 de enero de 2015, referente a un litigio generado por la venta de componentes necesarios para la construcción de plantas termosolares. También aquí la modificación del régimen retributivo afectó a la ejecución el contrato, siendo así que la entidad adquirente postulaba la excesiva onerosidad del mismo a resultas de aquélla. El laudo rechaza la pretensión por cuanto la contingencia generadora del desequilibrio no había sido contemplada en el documento contractual, de suerte que de la misma forma que un incremento de las tarifas no hubiera supuesto un incremento del precio pactado, tampoco una disminución de aquéllas podría implicar lo contrario.

Lo que ambos pronunciamientos traslucen es que el riesgo regulatorio que se asume por los administrados ante el devenir regulador o normativo de la Administración no puede imputarse o transmitirse a otros sujetos de Derecho Privado si no se ha pactado expresamente. Tal circunstancia no se había producido en ninguno de estos supuestos y de ahí que la rebaja en las tarifas no era susceptible de ser opuesta a la contraparte.

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO V**

### **EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **V. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO**

### **1. Consideración previa.**

En la búsqueda de los límites del riesgo regulatorio la segunda etapa del camino que se había propuesto pasa por analizar la forma en la que se articula por el Tribunal de Justicia el principio de confianza legítima, la manera en que ésta incide decisivamente sobre los derechos que pudieran eventualmente derivarse del cambio normativo y las diferentes consecuencias que se observan entre su abordaje y el de nuestros Tribunales.

La clave en cuanto a éstos últimos se ha venido residenciando en la circunstancia de que no se trata de que el cambio normativo sea o no presumible sino que en todo caso resultará inevitable cuando de determinados marcos regulatorios se trate<sup>209</sup>. Consiguientemente, solo cuando se repute imprevisible y no venga acompañado de medidas compensatorias o de un régimen transitorio se reconocerá el derecho a ser indemnizado.

Tal planteamiento, ya se anticipa, presenta divergencias con el que se le dispensa por la jurisprudencia comunitaria (entiéndase comprensiva de las resoluciones tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal General). Disparidad sobre la que a continuación se discurrirá examinando los pronunciamientos mas significativos del último siglo y siempre con el telón de fondo de las modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables<sup>210</sup>. No en vano constituye éste un sector en el que se observa con mayor nitidez un estándar de protección más intenso de la confianza legítima de aquellos operadores económicos que han desarrollado sus inversiones al albur de un determinado marco normativo y se han visto afectados por la alteración sustancial del mismo.

---

<sup>209</sup> Repárese que la STC 270/2015, de 17 de diciembre, alude a la necesidad de adaptación de la regulación a la «*cambiante realidad económica*» [F.J. 7 a)].

<sup>210</sup> Ello a partir, principalmente, de 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 y derogada por la actualmente en vigor Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. También merece ser hoy considerada la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

## **2. La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia comunitaria.**

Quedó expuesto que el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho alemán si bien fue su recepción por el Derecho de la Unión Europea el que resultó determinante para acabar extendiéndose a los Estados miembros.

Identifica CASTILLO BLANCO<sup>211</sup>, citando, a su vez, a GARCÍA MACHO y HUBEAU, que la primera ocasión en la que se utiliza el término «*Vertrauensschutz*» es en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (asunto 111-63). Aun cuando no fueron acogidos los razonamientos de la entidad demandante, sí que pone el acento el Tribunal en la idea de que la certeza en torno a la existencia de una dispensa en el pago compensatorio hubiera podido incidir en su situación jurídica. Sin embargo, la circunstancia de que tal dispensa no apareciera expresamente contemplada en la norma invocada resultó determinante a la hora de excluir tal certeza y, por ende, la confianza en la misma depositada.

En esta misma línea se enmarca la Sentencia de 5 de junio de 1973, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de las Comunidades Europeas* (asunto 81-72). Pretendía la Comisión que se declararan nulos sendos artículos del Reglamento del Consejo de 12 de diciembre de 1972 en la medida en que establecían, respecto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, baremos salariales y otros subsidios e indemnizaciones basados en un aumento del poder adquisitivo limitado al 2,5%, siendo así que meses antes el propio Consejo los había establecido en el 3,75%. Concluye el Tribunal que el Consejo, actuando en el marco de las competencias relativas a las retribuciones del personal que le son propias, asumió obligaciones que venía vinculado a respetar durante el período que había definido. Y enfatizaba que el Consejo no había fundamentado el Reglamento impugnado con motivos suficientes para apartarse de sus compromisos anteriores.

El salto de calidad en el asentamiento de la confianza legítima en la jurisprudencia comunitaria se produce con el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual derivada de la contravención de aquélla. Se produce con la Sentencia de 14 de mayo de 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA contra Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto 74-74). A propósito de los montantes compensatorios monetarios aplicables a las semillas de colza y de nabina, así como a los aceites obtenidos a partir de dichas semillas, se declaró que los operadores pueden legítimamente confiar en que, con respecto a operaciones en las que se

---

<sup>211</sup> CASTILLO BLANCO, F.A., «*La protección de confianza en el Derecho Administrativo*», Marcial Pons, 1998. No obstante, se advierte por el autor la existencia de otros precedentes con referencias mas o menos explícitas a la confianza legítima en asuntos como *Meroni y otros v. High Authority* (C-24/61).

haya comprometido con carácter irrevocable por haber obtenido, previa prestación de fianza, certificados de exportación que implican la fijación anticipada del importe de la restitución, no tendrá lugar ninguna modificación imprevisible que produzca el efecto de causarle pérdidas inevitables, al imponerle de nuevo el riesgo de cambio. La responsabilidad extracontractual surge en respuesta a tales pérdidas salvo en el supuesto en que por la Administración se motive la existencia de un «*interés público perentorio*», circunstancia que no concurría en aquél caso.

A partir de ahí, la configuración del principio que por parte del Tribunal de Justicia se irá produciendo ejemplifica la forma en la que el Derecho de la Unión «*se nutre de la cultura jurídica de los Estados miembros*»<sup>212</sup>. Lo hace, en este caso, con la singularidad de que la figura jurídica no era común a aquéllos sino que se encontraba entonces presente solo en Alemania pero, sin embargo, ha acabado extendiéndose incluso a las normativas nacionales (como es el caso de España, tal y como se desarrolló en el Capítulo anterior).

### 3. Carácter autónomo del principio de confianza legítima en la esfera comunitaria.

Lo primero que se percibe en la diferencias entre cómo se configura la confianza legítima en nuestro Derecho interno y el de la Unión es que se trata -y así lo declara el Tribunal de Justicia- de un principio «*autónomo*» dentro de éste último, que forma parte de su ordenamiento jurídico y cuya observancia se impone a toda Autoridad nacional que tenga encomendada la misión de aplicar el Derecho comunitario<sup>213</sup>. Esto último debe entenderse, además, en un sentido amplio, comprensivo también de los supuestos en los que se trata de aplicar disposiciones aprobadas por los Estados en desarrollo del Derecho de la Unión.

Llaman la atención JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES<sup>214</sup> sobre el hecho de que el Tribunal de Luxemburgo alude a la «*aplicación doméstica*» del principio de confianza legítima, distinta, eventualmente, a la del intérprete comunitario. Y destacan que ello debe llevar a los órganos judiciales de los Estados miembros a ser conscientes de los «*distintos matices jurídicos que pueden derivarse de la naturaleza autónoma del principio de protección de la confianza legítima*» cuando se examinan precisamente esas disposiciones internas pero que derivan del Derecho comunitario.

---

<sup>212</sup> AMÉRIGO ALONSO, J., op. cit., págs. 94 y 95.

<sup>213</sup> En tal sentido, Sentencia 27 de septiembre de 1979, *Eridania o Zuccherifici nazionali e Societ. italiana per l'industria degli zuccheri* (asunto 112/77).

<sup>214</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C. Y PASCUAL VIVES, F.J., «*La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea*», en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 80.

En definitiva, el principio de confianza legítima impregna, dado su carácter de principio general del Derecho de la Unión, la aplicación e interpretación ya de actos normativos provenientes de las instituciones comunitarias, ya de los órganos con esa capacidad normativa de los Estados miembros. Y al hacerlo, se insiste, incorpora matices que muestran una protección mas intensa que la que se reconoce por nuestros Tribunales.

#### **4. Contenido y ámbito de la confianza legítima.**

El punto de partida para que opere tal principio viene dado por la existencia de una norma que confiera derechos a los particulares. Se encuentra abierto a todo operador económico en relación con el cual una Autoridad nacional haya infundido «*fundadas esperanzas*»<sup>215</sup>. En todo caso, no basta con lo anterior sino que cabe demandar del operador económico un proceder prudente y diligente de forma tal que le posibilite prever la adopción de una medida que pueda afectar de forma gravosa a sus intereses. En el caso contrario, de no apreciarse tal diligencia atendiendo a las circunstancias concurrentes, la invocación del principio está abocada al fracaso.

Para ello es preciso que los efectos de la legislación comunitaria sean claros y previsibles para quienes están sujetos a ella. Así lo expresa el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 12 de noviembre de 1981, *Meridionale Industria Salumi y otros* (asuntos 212/80 y 217/80), donde además se recuerda que, con carácter general, el principio de seguridad jurídica impide que una medida comunitaria entre en vigor desde un momento antes de su publicación y que, en caso contrario, sólo podrá serlo de manera excepcional, cuando el objetivo que se persiga así lo exija y cuando se respeten las expectativas legítimas de los interesados.

También es constante la referencia en la doctrina del Tribunal de Justicia a que no cabe confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales. Con ello se intuye cierta analogía con la doctrina de la Sala Tercera de la que se ha dado cuenta en el Capítulo IV y de ahí que no es dable predicar la existencia de un derecho a que se mantenga inalterado un régimen jurídico o económico determinado.

---

<sup>215</sup> A este respecto, Sentencia del TPI (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2003, *Kyowa Hakko* (T-223/00), que cita, a su vez, las Sentencias de 14 de febrero de 1990, *Société française des Biscuits Delacre y otros/ Comisión* (C-350/88) y de 23 de febrero de 2000, *British Steel plc contra Comisión de las Comunidades Europeas y otros* (C-1/98 P).

La proyección de lo anterior se ha escenificado con claridad, por ejemplo, en el ámbito de las organizaciones comunes de mercado dado que las mismas implican una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, reconociéndose con ello la facultad de apreciación a las instituciones comunitarias<sup>216</sup>. O también ante la eventual aprobación de un Reglamento comunitario, donde se pone el acento en si el particular afectado estaba o no en disposición de prever la innovación normativa o la intensidad de ésta<sup>217</sup>.

Lo correlativo a tales derechos de los particulares son las obligaciones jurídicas que se generan y que, como apuntan JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES<sup>218</sup>, «*se imponen no solo a las instituciones de la UE, sino que también se extienden a los Estados miembros*». Así las cosas, ni las instituciones de la Unión podrían suprimir una ventaja generada en favor de los particulares «*con efecto inmediato y sin previo aviso*», salvo que concurra un interés perentorio, ni los Estados miembros pueden dejar de «*observar el principio de protección legítima al realizar las correspondientes modificaciones en la legislación nacional*».

Puede afirmarse que estas aseveraciones son aplicables a cualesquiera ámbitos a los que el principio de confianza legítima se extiende. Sin embargo, la operatividad del mismo se constata de forma más clara cuando se trata de materias tales como la fiscalidad, las ayudas de Estado o, en lo que aquí interesa especialmente, el desarrollo de una determinada política energética. A título meramente ejemplificativo pueden citarse, respecto de cada uno de estos campos, los pronunciamientos y las líneas de razonamiento que a continuación siguen:

a) En primer lugar y en lo que hace al ámbito fiscal, se ha sentado por el Tribunal de Justicia la necesidad de respetar el principio de protección legítima por parte de las autoridades tributarias nacionales en el marco del sistema común del IVA. Advierte no obstante que corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales dilucidar si, en las circunstancias del

---

<sup>216</sup> A este respecto, STJUE de 15 de julio de 2004, *Di Lenardo Adriano Srl y Dilexport Srl vs Ministerio del Comercio con l'Estero* (asuntos C-37/02 y C-38/02).

<sup>217</sup> Tal es el representativo caso de la STJUE de 7 de septiembre de 2006, *Reino de España vs Consejo de la Unión Europea* (asunto C-310/04), donde se concluye que un «operador económico prudente y diligente estaba en condiciones de prever la adopción del Reglamento n° 864/2004 y la reforma del régimen de apoyo al algodón que lleva consigo. En efecto, tal y como ha destacado la Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, dicha reforma se inscribe en el marco de una reforma fundamental más amplia que estuvo en la agenda política desde 1992 y que, además, había sido contemplada específicamente en el apartado 2 de la Comunicación de la Comisión COM(2003) 698 final, adoptada el 18 de noviembre de 2003, que contiene una propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento n° 1782/2003 y que fue objeto de un anuncio publicado en el Diario Oficial (DO 2004, C 96, p. 5). Por lo demás, el régimen de ayudas en el sector del algodón ya había sido objeto en el pasado de varias reformas importantes» [§ 83 y 84].

<sup>218</sup> JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES, op. cit., págs. 83 y 84.

asunto del litigio principal (conocía en este caso el Tribunal de Justicia a través de cuestión prejudicial), podía el sujeto pasivo razonablemente considerar que la resolución que le afectaba -y atinente a la aplicación de la exención- había sido adoptada por una autoridad competente<sup>219</sup>.

b) En segundo término, por lo que respecta a las ayudas de Estado, se parte de la base de que solo cabe invocar confianza legítima en la regularidad de una ayuda si la misma fue concedida respetando el procedimiento establecido<sup>220</sup>. Al efecto, se enfatiza que toda autoridad y agente económico diligentes están normalmente en condiciones de verificar si se ha respetado dicho procedimiento<sup>221</sup>. Aun más. Para el caso de que se esté ante una ayuda ilegal (por no haber sido notificada), no se excluye la posibilidad de que los beneficiarios de la misma invoquen circunstancias excepcionales que puedan acreditar su confianza legítima en la regularidad de dicha ayuda con el fin de oponerse a su devolución<sup>222</sup>. Sea como fuere, se remite a la valoración que en cada caso se haga acerca de la concurrencia de tales circunstancias excepcionales que puedan justificar una confianza legítima en la regularidad del régimen de ayuda en cuestión.

Aun cuando se trata de una cuestión sobre la que se volverá en el Capítulo siguiente, conviene traer a colación la Decisión C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017, de la Comisión Europea, por la que se resolvió la compatibilidad con el mercado interior *ex* artículo 107.3 c) TFUE del «régimen retributivo específico» para el apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, la cogeneración y los residuos<sup>223</sup>. En lo que ahora interesa, la Comisión comparte el criterio expresado por el Gobierno español y de acuerdo con el cual las primas abonadas a las energías renovables hasta entonces, al no haber sido objeto de notificación y, por ende, resultar ilegales, no podían encontrar protección en el principio de confianza legítima. A lo anterior se añadía, como también se examinará, que el reconocimiento de un derecho indemnizatorio en virtud de un laudo arbitral en favor de un inversor y contra España constituiría ayuda de Estado y habría de ser objeto de notificación conforme al artículo 108.3 TFUE.

---

<sup>219</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2006, *Elmeke NE y Ypourgos Oikonomikon* (asuntos C-181/04 y C-183/04).

<sup>220</sup> STJUE de 20 de septiembre de 1990, *Comisión/Alemania* (asunto C-5/89).

<sup>221</sup> STJUE de 14 de enero de 1997, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities* (asunto C-169/95).

<sup>222</sup> STJUE de 10 de junio de 1993, *Comisión v. Grecia* (asunto C-183/91).

<sup>223</sup> Éste había reemplazado al implementado por los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, configurándose a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, la LSE y el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

c) Finalmente, en cuanto al desarrollo de una determinada política energética, ya se aludió anteriormente a la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Interesa ahora destacar dentro de la misma su artículo 6.1, encuadrado bajo el epígrafe «*Estabilidad del apoyo financiero*», por el que se prevé que, «*sin perjuicio de las modificaciones necesarias para el cumplimiento de los artículos 107 y 108 del TFUE, los Estados miembros garantizarán que el nivel de apoyo prestado a los proyectos de energías renovables, así como las condiciones a las que esté sujeto, no se revisen de tal forma que tengan un efecto negativo en los derechos conferidos en este contexto, ni se perjudique la viabilidad económica de los proyectos que ya se benefician de apoyo*». Contempla asimismo la publicación de un «*calendario a largo plazo*» en el que se «*anticipe la asignación de apoyo prevista, que abarque, como referencia, al menos los cinco años siguientes, o, en caso de limitaciones de planificación presupuestaria, tres años*» (artículo 6.3).

Cierto es que en la proyección en este ámbito de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima -en cuanto corolario de aquél-, el Tribunal de Justicia destaca que «*no constituye una posición jurídica adquirida y no está incluido en la protección prevista por el artículo 17 de la Carta*»<sup>224</sup> el derecho a disfrutar sin modificaciones de incentivos previamente establecidos<sup>225</sup>. No obstante, ello debe observarse con la prevención de que el sistema de apoyo a la energía verde implica un coste de producción elevado si se compara con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables. Así las cosas, se hace preciso favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. Lo anterior resulta consustancial con dotar de «*cierta permanencia*» al sistema de forma que se permita hacer efectiva la «*confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones*»<sup>226</sup>.

El juego conjunto de ambos factores lleva a implicar a otro principio en el análisis de la eventual vulneración del principio de confianza legítima: el de proporcionalidad. De esta forma, cuando el Tribunal de Justicia se pronuncia con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267

---

<sup>224</sup> Relativo al derecho de toda persona a «*disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente*» y a no ser privado de la misma «*más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida*».

<sup>225</sup> STJUE de 15 de abril de 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) y otros contra Ministero dello Sviluppo Economico y Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA* (asunto C-798-18).

<sup>226</sup> Reflexiones éstas que se contienen en la STJUE (Gran Sala) de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten* (C-573-12).

TFUE, se limita a proporcionar al órgano jurisdiccional nacional remitente todos los elementos interpretativos relativos al Derecho de la Unión que le permitan apreciar la conformidad con éste. Sin embargo, es a ese órgano jurisdiccional del Estado miembro al que compete verificar si, de una parte, los sistemas de apoyo que se implementan son efectivos de cara a cumplir con los objetivos obligatorios que impone la citada Directiva en cuanto a la producción de energía verde en su territorio; de otra, si las modificaciones o limitaciones que pudieran sufrir son respetuosas con el principio de proporcionalidad, esto es, que no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de incrementar la producción e, indirectamente el consumo de electricidad verde en la Unión en cuyo marco la Directiva se inscribe. Ello sin perjuicio de verificar la eventual existencia de medidas alternativas o la posibilidad de establecer un régimen transitorio sin que con ello se comprometa la finalidad a satisfacer.

## **5. Estructura y requisitos del principio de confianza legítima en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

Delimitado el contenido esencial del principio y los ámbitos donde éste especialmente se desenvuelve, procede el examen de su estructura y, con ello, de los elementos que en él se integran. Se discurrirá por la configuración del concepto básico que la expectativa representa, los requisitos que se requieren para que ésta se tenga por legítima y, finalmente, se contemplará la eventual presencia de intereses públicos superiores que justifiquen el debilitamiento o incluso el sacrificio de la protección a la confianza.

### **5.1 Expectativa: su concepto y la forma en la que se genera.**

Si la base de la confianza legítima es la creación de unas «*fundadas esperanzas*» en el particular u operador económico, el concepto que deviene clave es el de la expectativa. No cabe invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración no ha dado lugar a la producción de «*seguridades concretas*»<sup>227</sup>. Lógicamente, al tratarse de una cuestión que se invoca por la parte, corresponderá a ésta probar que tal expectativa fue razonablemente creada y que, además, lo fue reuniendo las exigencias que seguidamente se irán relacionando.

Para discernir si un operador económico prudente y diligente pudo prever la supresión o modificación de un régimen jurídico o económico habrá de atenderse al contexto en el que la

---

<sup>227</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (STPI) de 18 de enero de 2000, *Mehibas Dordtselaan BV contra Comisión de las Comunidades Europeas* (T-290-97).

misma se produzca. Pero también ha de prestarse especial de cara a entender presentes tales garantías, cualquiera que sea la forma en que le hayan sido comunicados, a los «*datos precisos, incondicionales y concordantes que emanan de fuentes autorizadas y fiables*»<sup>228</sup>.

a) Respecto de la precisión, JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES<sup>229</sup> advierten que no cabe inferir una expectativa cuando, en el marco de una negociación entre la Administración y los particulares, «*no se define o concreta ninguna estipulación*». Para que tal circunstancia se produzca se requiere de «*prácticas o actos administrativos que les confieran derechos*».

En otro orden de cosas, la mera posibilidad de determinar, con mayor o menor concreción, el número e incluso la identidad de los sujetos de derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, cuando esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate. No obstante, es jurisprudencia reiterada que, cuando la decisión afecta a un grupo de personas identificadas o identificables en el momento de la adopción del acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, éstos pueden considerarse individualmente afectados por dicho acto en la medida en que formen parte de un círculo restringido de operadores económicos, y que dicho supuesto puede darse particularmente cuando la decisión modifica los derechos que el particular había adquirido antes de que fuese adoptada<sup>230</sup>.

b) En lo que hace al carácter incondicional y concordante, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables y, además, ofrecerse de forma irrevocable y sin una razonable probabilidad futura de modificación o, en su caso, de modulación gradual de derechos de los particulares. Sobre estas premisas, se ha reconocido por el Tribunal de Justicia la vulneración del principio de confianza legítima cuando un operador económico -en aquel caso, un productor lácteo- fue incitado mediante un acto de la Comunidad a suspender la comercialización durante «*un período limitado, en interés general y a cambio del pago de una prima*» de suerte que «*puede legítimamente esperar que no estará sujeto, al final de su compromiso, a restricciones que le afectan de forma específica en razón precisamente del hecho*

---

<sup>228</sup> STPI de 16 de noviembre de 2016, *Masdar (UK) Ltd vs Comisión de las Comunidades Europeas* (T-333/03).

<sup>229</sup> JIMÉNEZ PIERNAS y PASCUAL VIVES, op. cit., pág. 99.

<sup>230</sup> En tal sentido, STJUE de 27 de febrero de 2014, *Stichting Woonpunt y otros contra Comisión Europea* (C-132-12).

de que hizo uso de las posibilidades ofrecidas por la normativa comunitaria»<sup>231</sup>. La falta de concordancia aquí operaba desde el momento en que así como el régimen jurídico preexistente incentivaba la paralización de la actividad aquél que le sucedió distribuía las cuotas lácteas a partir de los datos correspondientes al período en el que el productor permanecía inactivo.

c) En última instancia, debe aludirse a las fuentes autorizadas y fiables de las que han de emanar las garantías generadoras de la confianza. Éstas no solo pueden consistir en instituciones comunitarias sino también de los Estados miembros toda vez que los mismos están facultados pero también vienen obligados a la ejecución de las políticas comunitarias.

Mas allá de la amplia casuística que esta cuestión presenta, ha de considerarse que la aparente amplitud con que la jurisprudencia comunitaria en principio la dibuja (al hacer referencia a cualesquiera forma en la que se comuniquen), es lo cierto que en el análisis caso por caso las posibilidades se ven notablemente reducidas.

Así, por ejemplo, en principio se excluye cuando tales garantías se coligen por el operador a partir de documentos de naturaleza política y no legislativa (por ejemplo, Dictámenes del Parlamento Europeo). No obstante, se ha llegado a admitir, al menos sobre el papel, que una carta de la Comisaria responsable de la Dirección General de competencia pueda hacer nacer esa confianza legítima<sup>232</sup>. Y también se ha aceptado la generación de la confianza legítima en la emisión de una Nota por parte de la Comisión en la que se establecía un determinado inicio del plazo de la fecha de reconocimiento de la organización de productores.

## **5.2 El carácter legítimo de la expectativa.**

El punto de partida para la generación de una expectativa que resulte legítima viene representado por la prudencia y diligencia del operador económico. Como apunta REVUELTA PÉREZ<sup>233</sup>, el estándar del «operador prudente» no es uniforme sino que «*depende de las circunstancias del caso, esto es, del sector económico (agricultura, energía, pesca, etc.), de la técnica de intervención (precios regulados, ayudas estatales, autorizaciones, etc.) y hasta del*

---

<sup>231</sup> STJUE de 28 de abril de 1988, *Mulder vs. Ministro de Agricultura y Pesca* (asunto C-120/86).

<sup>232</sup> Sentencia del Tribunal General (STG) de 23 de septiembre de 2020, *Reino de España y otros contra Comisión Europea* (asunto T-515/13).

<sup>233</sup> REVUELTA PÉREZ, I., «*Estándar del inversor prudente y confianza legítima*», *Revista de Administración Pública*, (208), enero - abril 2019, pág. 418.

*tipo de operador o tamaño de la empresa, aunque es posible identificar algunos factores determinantes para valorar la prudencia en la jurisprudencia europea».*

Si de lo que se trata es de estar en disposición de predecir un determinado cambio regulatorio o normativo, corresponde al operador económico, en tanto que esgrime una expectativa legítima, justificar la imposibilidad de predecir un cambio que le resulta lesivo. Para dilucidar tal extremo el Tribunal de Justicia centra su atención en la prudencia y diligencia con la que se ha conducido el operador. Se está, nuevamente, ante una circunstancia a valorar en atención a las circunstancias acreditadas en cada caso pero nada obsta establecer una serie de parámetros que sirvan de guía para concluir en uno u otro sentido.

Especialmente ilustrativa al respecto es la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el denominado asunto *Plantanol*<sup>234</sup>. Se afirma en la misma que nada se opone -desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima- a que un Estado suprima, antes de la fecha de expiración prevista inicialmente por la normativa nacional, el régimen de exención fiscal que le fuera aplicable. Descarta que para ello hayan de darse circunstancias excepcionales pero en todo caso demanda del órgano jurisdiccional nacional una *«apreciación global efectuada in concreto»* acerca de si se han desconocido los citados principios. Tiene en cuenta para ello en particular:

-Si el operador disponía de *«elementos suficientes que le permitieran esperarse que el régimen de exención fiscal controvertido en el asunto principal sería suprimido antes de la fecha inicialmente prevista para la expiración de dicho régimen»*.

-Sitúa la clave al efecto en la evaluación que tal diligencia le hubiera llevado a efectuar en atención a los hechos exteriorizados por las autoridades con competencia en la materia. Constata tanto un cambio en la mayoría gubernamental -que habría llevado a expresar la intención de sustituir las ventajas fiscales establecidas- como la existencia de un proyecto normativo que apunta en tal sentido.

-En última instancia y lo que resulta más significativo, señala a los *«mecanismos de información normalmente utilizados por el Estado miembro»* para inferir esa diligencia en el operador o, lo que es lo mismo, si éste pudo intuir el cambio que se avecinaba.

---

<sup>234</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG y Hauptzollamt Darmstadt* (C-201/08). Ésta responde a la cuestión prejudicial interpretativa planteada por el Tribunal de Finanzas de Hesse (Alemania) a propósito del artículo 3 de la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte.

Sentado lo anterior, no debe perderse de vista los límites que en torno a la configuración de las expectativas legítimas operan. En primer lugar, cabe destacar la discrecionalidad de la Administración (que no arbitrariedad) o, en la terminología del Tribunal de Justicia, el «*margen de apreciación*» que en favor de las Instituciones comunitarias se reconoce. Éste se ha venido visualizando especialmente en las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto, como ya se ha señalado, lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica<sup>235</sup> y a tenor de los acuerdos reguladores de la producción y comercio de productos agrarios o ganaderos. Se aplica así cierta condescendencia con esa facultad administrativa reguladora y, en especial, cuando la misma responde a supuestos revestidos de cierto grado de excepcionalidad o que implican apreciaciones de orden económico. En tal caso, el control jurisdiccional que puede actuarse sobre el ejercicio de tal facultad debe materializarse teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen jurídico de aplicación<sup>236</sup>.

Aun cuando se trate de un supuesto que opere al margen del Derecho de la Unión Europea y se inserte en un concreto contexto nacional, resulta de interés traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 6 de diciembre de 2016 y en la que se aborda el anticipo al año 2022 de la finalización de la vida útil de las centrales nucleares en Alemania<sup>237</sup>. El contexto en el que el cambio legislativo surge responde esencialmente al desastre provocado en la prefectura japonesa de Fukushima a raíz del tsunami generado por el terremoto de 11 de marzo de 2011. La decisión del legislador se tradujo en un proceso de aceleración del abandono de la energía nuclear revirtiendo de esa forma la decisión adoptada en 2010 y que había llevado a ampliar los plazos de explotación.

Tomando como canon de constitucionalidad el del derecho de propiedad<sup>238</sup>, se concluye que la fijación de términos concretos para la extinción de las autorizaciones de explotación de las centrales (que implicaba, además, reducir en unos doce años de promedio la ampliación aprobada) comportaba rebasar el gravamen ya existente sobre la propiedad de las mismas desde

---

<sup>235</sup> En tal sentido, en particular, STJUE de 14 de octubre de 1999, *Atlanta/Comunidad Europea* (C-104-97).

<sup>236</sup> Tal es el caso, entre otras, de la STJUE de 31 de marzo de 1998, *Francia y otros/Comisión* (C-68/94 y C-68/95).

<sup>237</sup> Un interesante estudio de esta Sentencia se encuentra en PAREJO ALFONSO, L., «*El Riesgo Regulatorio. La doctrina sentada por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional federal Alemán del 6 de diciembre de 2016, a propósito del abandono de la utilización de la Energía Nuclear*», en «*El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisuales y TIC*», Coord. CÍCERI PIZO, O., Universidad Externado de Colombia, 2017, págs. 225 a 266.

<sup>238</sup> Artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn.

que se decidiera abandonar la generación de energía nuclear en el 2002. Se descartaba -eso sí- el carácter expropiatorio de tal medida por cuanto no implicaba una transferencia del dominio sino una simple delimitación del contenido de la propiedad. Ahora bien, se enfatizaba que se trataba de garantizar la confianza en la continuidad de una base normativa en la que las entidades generadoras de energía habían depositado su confianza y en la que poder fundar su programación empresarial. Sin ella y sin medidas compensatorias a sus inversiones la medida resultaba inconstitucional (ésta se acogía en parte en la medida en que no se atendía la pretensión indemnizatoria que se articulaba).

Cerrando el paréntesis constitucional germano, cabe aludir a un segundo parámetro que opera limitando la generación de expectativas como es el de la retroactividad de la norma que altera el régimen normativo preexistente. Lógicamente, para que nazca la expectativa se requiere de una actuación del particular llevada a cabo con posterioridad al cambio de la norma (de ser anterior constituiría una actuación puramente especulativa). En tal sentido, cabe hablar también en la jurisprudencia comunitaria de retroactividad en sentido propio o impropia, advirtiéndose de forma sistemática que el ámbito de aplicación del principio de confianza legítima no puede extenderse hasta que llegue a impedir, de modo general, que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas bajo la anterior<sup>239</sup>.

Sea como fuere, la retroactividad no constituye sino un requisito necesario pero en ningún caso suficiente por sí mismo para que se defraude una expectativa y ésta pueda ser imputada a la Administración comunitaria. Para ello se requiere, conforme a lo que se ha venido exponiendo y al margen de la diligencia del operador económico, la imprevisibilidad de la medida o, en su caso, la arbitrariedad en el proceder administrativo.

En última instancia, también en este ámbito opera por vía de excepción el establecimiento de un régimen transitorio previsto por la nueva norma de forma tal que con la misma se atemperen las consecuencias jurídicas que para los afectados pueda traer consigo. Tales medidas transitorias no solo deben concurrir sino que, además, han de resultar aptas para garantizar el cumplimiento de aquello que se persigue por la norma posterior<sup>240</sup>. Corresponderá acreditar a la Administración -ya comunitaria, ya estatal- la imposibilidad de establecer medidas transitorias.

---

<sup>239</sup> Por todas, STJUE de 16 de mayo de 1979, *Tomadini* (C-84/78).

<sup>240</sup> Ejemplo de ello es la STJUE de 22 de junio de 2006, *Forum 187 ASBL/Reino de Bélgica* (C-182-03 y C-217/03).

### **5.3 La concurrencia de un interés público superior.**

En la generación y desenvolvimiento de la expectativa legítima los intereses públicos superiores pueden justificar el debilitamiento o incluso el sacrificio de la protección a la confianza legítima que se hubiere generado. Es por ello por lo que se perfila como un requisito negativo de forma que solo se reconoce vulnerada la confianza legítima si no concurre interés público superior. Habrá, pues, de ponderarse en cada caso la existencia de un interés público que prevalezca sobre los intereses privados afectados.

En esta línea, el Tribunal de Justicia ha declarado que, aun suponiendo que por un órgano de la Comunidad se hubiere creado previamente una situación susceptible de dar origen a una confianza legítima, un interés público imperativo puede oponerse a la adopción de medidas transitorias para situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la nueva normativa pero cuya evolución no hubiera llegado a su término<sup>241</sup>.

*A sensu contrario*, en ausencia de tal interés público imperativo, el órgano comunitario, de no acompañar la supresión de la normativa con medidas transitorias destinadas a proteger la confianza que el operador pudiera legítimamente ostentar, podría generar la responsabilidad de la Comunidad ya porque no se faculte al operador económico a evitar la pérdida que se le ocasione, ya por cuanto no se le permita ser indemnizado por dicha pérdida<sup>242</sup>.

## **6. Conclusiones.**

Al igual que en nuestros Altos Tribunales, la jurisprudencia de Luxemburgo deja claro que los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, pudiendo ésta ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias. Esta coincidencia inicial requiere sin embargo de matizaciones.

El Tribunal de Justicia no presume el carácter inevitable del cambio normativo ni hace recaer en el operador económico la carga de probar que la modificación del régimen normativo era imprevisible. Corresponderá al órgano judicial nacional la valoración de tal circunstancia si bien con la prevención de que la generación de la expectativa legítima parte de la presunción de que el operador económico actuó de forma diligente y contaba con la información suficiente y adecuada. Apreciada la imprevisibilidad del cambio regulatorio y constatado que este no vino

---

<sup>241</sup> En tal sentido, STJUE de 17 de julio de 1997, *Affish* (C-183/95).

<sup>242</sup> Sobre tal particular, STJUE de 14 de mayo de 1975, *CNTA/Comisión* (C-74-74).

acompañado de medidas compensatorias o régimen transitorio alguno, surgiría el derecho a ser indemnizado. Pero es que, además, el Tribunal de Luxemburgo demanda un análisis de la situación del inversor que implique una «*apreciación global e in concreto*» de la misma. Ahora bien, ¿qué factores se integran dentro de tal apreciación global? O planteado de forma directa, ¿debe considerarse no solo la regulación interna sino también los mandatos del Derecho de la Unión en el ámbito sectorial concernido?

Pues bien, cuando se proyecta el principio de confianza legítima en regímenes normativos referentes a las denominadas energías verdes, se detecta una tendencia de la jurisprudencia comunitaria a «*mantener la confianza del inversor*», garantizando para ello un «*correcto funcionamiento*» de los distintos mecanismos de apoyo a esas fuentes de energía (tales como ayudas a la inversión, exenciones o degradaciones fiscales, devoluciones de impuestos o incluso sistemas de apoyo directo a precios)<sup>243</sup>. La razón es clara y estriba en que los sistemas de apoyo a la energía verde son considerablemente más elevados en comparación con, por ejemplo, el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, teniendo por objeto esencial favorecer, en una perspectiva a plazo, las inversiones en nuevas instalaciones y facilitando para ello a los productores determinadas garantías en cuanto a la comercialización futura de su producción de electricidad<sup>244</sup>.

Se infiere así en la doctrina una «*nueva tendencia en cuanto a las exigencias que los cambios regulatorios en el sector energético (en particular, los que afecten a la generación renovable) deberán observar desde el punto de vista del respeto a la confianza legítima*»<sup>245</sup>.

Sucede no obstante que esa tendencia no se percibe en nuestro Tribunal Supremo o Constitucional. Éstos, en el análisis en abstracto que efectúan, constatan la vocación cambiante del sector regulado pero no introducen ninguna singularidad pese a la existencia de normas comunitarias sectoriales que apuntan a la necesidad de reforzar la confianza en tales ámbitos. Aun más. Tampoco se ha acudido hasta ahora al útil instrumento que la cuestión prejudicial representa y ello pese a que a buen seguro esta contribuiría a homogeneizar la interpretación del principio de confianza legítima en el Derecho interno y el comunitario. A través de la misma y con arreglo al artículo 267 TFUE puede el Tribunal de Justicia proporcionar al órgano

---

<sup>243</sup> STJUE de 29 de septiembre de 2016, *Essent Belgium NV y otros* (C-492/14).

<sup>244</sup> STJUE de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten* (C-573/12).

<sup>245</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., «*Riesgo Regulatorio: cambios normativos y confianza legítima en el sector energético*», en «*Competencia en mercados con recursos esenciales compartidos: Telecomunicaciones y energía*», Coord. RUIZ PERIS, J.I., CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., Aranzadi, 2019, págs. 15 a 22.

jurisdiccional remitente elementos decisivos para dilucidar si una norma nacional es conforme con tal principio y, además, se acomoda al mandato del legislador comunitario.

Así, trayendo a colación nuevamente el artículo 6.1 de la Directiva (UE) 2018/2001, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, podría plantearse si el mecanismo de estabilidad del apoyo financiero a los proyectos de energías renovables se opone a la creación jurisprudencial que el riesgo regulatorio representa. No en vano, mientras que aquél pretende evitar un «*efecto negativo en los derechos conferidos*» o el que se «*perjudique la viabilidad económica de los proyectos*» de esta naturaleza, el riesgo regulatorio implica un recurso que faculta a los órganos judiciales nacionales a eludir o minimizar las exigencias de, entre otros, el principio de confianza legítima.

En definitiva, cabe cuestionarse si la incorporación del riesgo regulatorio a la ecuación desvirtúa el concepto de «*operador económico prudente y diligente*» configurado en torno a la idea de expectativa legítima por parte del Tribunal de Justicia. Y es que el planteamiento no estribaría tanto en que éste hubo de prever la eventualidad del cambio normativo sobrevenido inopinadamente sino que la clave se situaría, desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, en si disponía de elementos suficientes que le permitieran esperar que el régimen normativo concernido sería suprimido o sustancialmente alterado en un determinado lapso temporal. O dando un paso más en el razonamiento, si aun preveyendo que tal eventualidad podía producirse, sus decisiones empresariales se hubieran desenvuelto en los mismos términos, cuestión que, a su vez, no resulta baladí toda vez que, como se expuso en el Capítulo I, la naturaleza de los inversores puede resultar sumamente heterogénea y, por ende, las consecuencias jurídicas que debieran asumir unos y habrían de ser también distintas.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA INVIABLE PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL TRANSNACIONAL**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## VI. LA INVIABLE PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO REGULATORIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL TRANSNACIONAL<sup>246</sup>

### 1. Cuestión previa.

Se define el Derecho internacional transnacional en el Diccionario panhispánico del español jurídico<sup>247</sup> como el «conjunto de principios y normas surgido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales, y unos medios de solución de los conflictos de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje».

Huelga decir que desbordaría con creces el objeto del presente Capítulo ya solo el análisis de a qué debe extenderse la normativa híbrida que el Derecho transnacional representa o los principios que deben inspirarlo. De ahí que el propósito se enderezará exclusivamente a dilucidar si la creación jurisprudencial que el riesgo regulatorio ha supuesto tiene cabida en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales. La conclusión que se alcanza, ya se anticipa, es negativa o, al menos, permite constatar que no es factible trasladar sin más el trato deferente que para el legislador supone el riesgo regulatorio ante la existencia de compromisos internacionales que salvaguardan las legítimas expectativas de los inversores.

Se partirá así de los instrumentos de carácter bilateral y multilateral suscritos para la promoción y protección de inversiones, de los sistemas arbitrales que a través de los mismos se implementan y de las reglas sustantivas que están llamados a aplicar. Lo anterior revela que los estándares de protección en este ámbito (en particular, el trato justo y equitativo) ofrecen una intensidad a priori incompatible con la condescendencia mostrada por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo hacia los cambios normativos sustanciales e inopinados.

En efecto, para observar con nitidez las diferencias con el Derecho interno o el de la Unión Europea, la exposición tendrá como hilo conductor a los incentivos y recortes a las energías renovables aplicados en nuestro país en la última década. No en vano los vaivenes en la regulación del sector (señaladamente, la supresión de los incentivos) viene siendo la causa de

---

<sup>246</sup> Relacionado con el contenido de este apartado fue objeto de publicación el siguiente artículo: IRANZO CEREZO, J.D., «Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global», Revista CEF-Legal, (239), 2020, págs. 87-122. El trabajo obtuvo un accésit del Premio Estudios Financieros 2020 en la modalidad de Constitucional y Administrativo.

<sup>247</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), op. cit. 53.

multitud de laudos condenatorios contra España en una batalla judicial y arbitral que, como se verá, presenta multitud de frentes abiertos -e inciertos- a lo largo de todo el planeta.

## **2. Aspectos sustantivos y procedimentales.**

Apunta DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO<sup>248</sup> a que se estaría produciendo una extensión al Derecho Público del Derecho transnacional, inicialmente construido «*en el ámbito de los arbitrajes comerciales y del derecho privado*». Atribuye a tal circunstancia una doble consecuencia: de un lado, el «*desplazamiento del derecho interno por normas externas*», aspecto que comprendería a la «*Constitución y las leyes y la doctrina que en su interpretación hayan dictado tanto sus tribunales constitucionales como sus tribunales supremo*». De otro, la «*externalización de la jurisdicción a favor de los arbitrajes*», con la paradoja que como trasfondo se percibe de que, si bien el objetivo inicial del arbitraje de inversión era el de evitar la discriminación del extranjero, en la actualidad parece dibujarse un trato preferencial a éste y en detrimento del operador económico nacional.

Tales aseveraciones no solo resultan acertadas sino que anticipan conflictos normativos así como choques de legitimidades o la colisión entre autoridades llamadas a decidir.

### **2.1 Derecho aplicable para la resolución de la controversia.**

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones que se han señalado, la relativa al Derecho aplicable para resolver la disputa, puede afirmarse que hasta tres fuentes concurren:

-En primer lugar, con carácter primario y en tanto que «*lex specialis*», ha de estarse al Tratado de inversión y, en lo que ahora interesa, al estándar de protección que en el mismo se prevea. En tal sentido y por la trascendencia que en la exposición a desarrollar ofrece, cabe citar al artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)<sup>249</sup>, de acuerdo con el cual «*las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo*». El

---

<sup>248</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «*Tratados de inversión y mutación del Derecho Público: ¿Derecho Público Transnacional?*», Revista de Administración Pública, (212), mayo - agosto 2020, págs. 13-54.

<sup>249</sup> Hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

órgano arbitral vendrá con ello obligado a estar al Tratado de inversión de forma directa y en aplicación del principio *«pacta sunt servanda»*.

-En segundo término, el Derecho local, esto es, el propio del Estado donde la inversión se materializa. Suele quedar reservado a cuestiones de carácter incidental y, entre ellas, la más frecuente consiste en dilucidar si ha existido o no inversión como tal. Cuando se concluye que es así, la protección prevista en el Tratado entraría en juego. Es entonces cuando sobre ese derecho *«in rem»* podrá esgrimir el inversor que los cambios posteriores derivados de la ley interna o de actos atribuibles al Estado receptor son incompatibles con el estándar mínimo de protección previsto en el Tratado<sup>250</sup>.

-Finalmente, si bien con carácter subsidiario o meramente complementario, ha de estarse al Derecho internacional, ya a través de la costumbre internacional, ya en virtud de los principios generales de ese Derecho. Es interesante recordar que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ)<sup>251</sup> establece en su artículo 38.1 que la Corte, para *«decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho»*. Todo ello sin perjuicio de que no se restrinja la facultad de *«decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren»* (artículo 38.2). Esta última posibilidad también está prevista en el artículo 33.2 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (RA-CNUDMI)<sup>252</sup>.

En la práctica, para la mayor parte de las controversias se prevé la resolución por el CIADI<sup>253</sup>, resultando entonces de aplicación, en cuanto al Derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros

---

<sup>250</sup> DOUGLAS, Z., *«The International law of investment claims»*, Cambridge University Press, 2009, pág. 53.

<sup>251</sup> Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia de fecha 29 de octubre de 1990.

<sup>252</sup> Siempre que las partes lo haya autorizado expresamente y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

<sup>253</sup> No obstante, también se producen remisiones al Tribunal de Arbitraje *«ad hoc»* establecido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o al Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Estados (Convenio CIADI)<sup>254</sup>. Dispone su apartado 1º que la diferencia se decidirá por el órgano arbitral *«de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables»*. Igualmente, se admite la posibilidad de que las partes convengan decidir la diferencia *«ex aequo et bono»* (apartado 3º).

De lo que antecede se colige sin dificultad que puede un órgano arbitral prescindir de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión a la hora de resolver la controversia. Habrá de atender de forma primaria al estándar de protección que prevea el Tratado internacional que le legitima. Solo para cuestiones incidentales o de forma accesoria acudirá a la aplicación del Derecho local. Consiguientemente, los principios constitucionales analizados en el Capítulo IV como límites al riesgo regulatorio bien pueden decaer en favor de conceptos jurídicos indeterminados cuyo objeto sea la protección de la práctica comercial internacional. Y, en última instancia y a resultas de todo ello, resultar afectada la igualdad con respecto a los operadores nacionales desde el momento en que estos no pueden acogerse ni a tales estándares de protección ni acudir a los órganos arbitrales que para resolver las controversias se configuran.

En efecto, como resalta DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *«en el orden interno de los Estados las cosas suceden de otra forma»*. El Estado o las Administraciones deberán exponer *«los títulos que legitiman su intervención y las afecciones a los derechos de los inversores. También justificar la proporcionalidad de la medida, pero en los casos límite la carga de la prueba no opera igual que en los arbitrajes internacionales»*. Ello en tanto que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo y los Tribunales Constitucionales *«son deferentes respecto de los Estados reconociéndoles un margen discrecional de apreciación en ciertos asuntos, cuando en su labor de control han agotado los elementos jurídicamente asequibles de las apreciaciones de la necesidad y proporcionalidad de las medidas»*. Lo anterior -concluye- se traduce en la alteración de esa carga de la prueba y una mayor flexibilidad en el juicio de probabilidad (o de simple razonabilidad)<sup>255</sup>.

Tan acertada lectura del estado de situación no permite no obstante compartir el planteamiento del citado autor con arreglo al cual la infracción *«en el ámbito de los tratados»* implicaría también la vulneración del derecho interno *«y viceversa»*, esto es, *«si no se ha infringido en el derecho interno»* tampoco habría infracción en el plano de los compromisos

---

<sup>254</sup> Hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 y ratificado por España en 1994.

<sup>255</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., op. cit. 248, pág. 37.

internacionalmente asumidos<sup>256</sup>. Sucede sin embargo que se estaría ante planos distintos y ahí es donde radica precisamente el problema. Por tanto, la vulneración del estándar de protección del Tratado no habría de comportar necesariamente la infracción del Derecho interno dado que aquél se interpreta como más intenso que éste. Esto es lo que, como seguidamente se analizará, ha venido produciéndose en el campo de los incentivos y recortes a las energías renovables, siendo así que mientras que con arreglo al Derecho interno ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional observan infracción (merced precisamente a la doctrina del riesgo regulatorio), no ha sucedido lo mismo con la mayoría de los laudos arbitrales hasta el momento dictados.

La consecuencia es que, en efecto, se produce un desplazamiento del Derecho interno, lo que, a su vez, comporta la aplicación de un estándar de protección distinto. Cierto que puede observarse que ello trae causa de la asunción de un compromiso internacional que lleva consigo una mayor protección al inversor extranjero que al nacional. Ahora bien, también lo es que a ello contribuye decididamente un menor rigor en lo que se exige en la doctrinal legal y constitucional de principios tales como la seguridad jurídica, la confianza legítima o la irretroactividad. Y desde luego que en ese escenario el riesgo regulatorio no hace sino acrecentar la diferencia de trato entre unos y otros inversores.

## **2.2 Externalización o privatización de la jurisdicción a través del sistema arbitral.**

Distinta suerte a las de los operadores nacionales vienen corriendo los internacionales (fundamentalmente, fondos de inversión) que, en lugar de demandar a España en cuanto Estado anfitrión ante los órganos judiciales nacionales y en atención a los cambios normativos inopinados producidos en el sector de las energías renovables, han tenido la posibilidad de acudir al arbitraje de inversión. A través del mismo se favorece la resolución de disputas entre inversores extranjeros y los Estados donde tal inversión tiene lugar. Mas allá de la verdadera razón de ser a la que responde y sobre la que con posterioridad se abundará (en síntesis, dotar de una mayor seguridad jurídica a los operadores para fomentar la atracción de inversiones) se le califica de forma crítica como de «*retirada del Estado en su función de impartir la justicia*»<sup>257</sup>.

Tiene el arbitraje de esta naturaleza su fuente normativa en los acuerdos internacionales de inversión, ya sean de carácter multilateral, ya se trate de tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI).

---

<sup>256</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., op. cit. 248, pág. 52.

<sup>257</sup> En tal sentido, ESTEVE PARDO, J., «*Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad*», Documentación Administrativa, Nueva Época, (1), enero - diciembre 2014, pág. 16.

Hasta 65 APPRIS suscritos entre España y otros países se encuentran actualmente en vigor<sup>258</sup>. Respecto de aquellos que vinculan con Estados miembros de la Unión Europea se alcanzó el compromiso de finalización plasmado en la Declaración plurilateral de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* (C-284/16). Ello se materializó en el Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión intra-UE («*Acuerdo de terminación*») suscrito el 5 de mayo de 2020 -con vigencia desde el 29 de agosto- por 23 Estados miembros y entre los que se encontraba España.

Por lo que se refiere a los acuerdos multilaterales, ya en el apartado 2º del Capítulo III se discurrió por los Acuerdos comerciales suscritos por la Unión Europea y sus implicaciones. En virtud de los mismos y tras la asunción por la Unión Europea de la competencia relativa a la protección de las inversiones extranjeras directas<sup>259</sup>, se han configurado mecanismos arbitrales para la solución de controversias entre inversores y Estados. La compatibilidad con el Derecho comunitario ya ha sido respaldada en algunos casos por el Tribunal de Justicia. De esta forma cabe destacar, de un lado, el Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, en relación con el Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (en el que se afirma su carácter «*mixto*» y, por tanto, la necesidad de ser celebrado conjuntamente por la Unión y los Estados miembros). De otro, el Dictamen 1/17, de 30 abril de 2019, a propósito del Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito entre la Unión Europea y Canadá (CETA).

En lo que hace a éste último, emitido por el TJUE a instancia de Bélgica, se concluye la compatibilidad con la exigencia de independencia del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados que el CETA implementa. Se trata ésta de una apreciación de suma importancia desde el momento en que se habilita la posibilidad de establecer tales mecanismos arbitrales sin que ello implique la afectación de la autonomía del Derecho de la Unión o su efectividad, no entendiéndose tampoco infringido el principio de igualdad de trato.

En cuanto a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, se constata que el CETA no atribuye a los tribunales cuya creación prevé ninguna competencia de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones de dicho Acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes. Asimismo, se observa que tampoco configura las competencias de tales tribunales de forma que, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas comunitarias,

---

<sup>258</sup> Vid. <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRIs.aspx?It=V> [Última visita: 31/7/2022].

<sup>259</sup> Artículos 64, 206 y 207 TFUE.

puedan dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta.

En particular, se subraya, respecto de la comprobación por los Tribunales previstos en el CETA del cumplimiento de la obligación de cada Parte de conceder en su territorio a las inversiones *«un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad»*<sup>260</sup>, el que no se encuentra comprendida en la vedada verificación del *«nivel exigido de protección de un interés público, tal como se concreta tras un procedimiento democrático»* [§ 158 a 161].

Mas allá de proponerse la persecución de la *«creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación»* (artículo 8.29 CETA), lo que se establece es la creación de un Tribunal de quince miembros (cinco nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, cinco de Canadá y otros cinco de terceros países) con mandatos de cinco años renovables por una sola vez (artículo 8.27) y de un Tribunal de apelación encargado de *«reconsiderar los laudos dictados»* ya por errores manifiestos en la apreciación de los hechos (incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente), ya por errores en la aplicación e interpretación del Derecho o por estar incursos en determinados motivos de anulación con arreglo al Convenio CIADI (artículo 8.28).

Lo verdaderamente novedoso del CETA -y que a buen seguro servirá de referencia para futuros Tratados de esta naturaleza- es que los Tribunales que constituye no son competentes para determinar la legalidad de medidas de los distintos Estados Parte que puedan vulnerar el Acuerdo (artículo 8.31.2). Ello se traduce en que, caso de emitirse un laudo definitivo contra el demandado, el Tribunal únicamente podrá adjudicar, de forma separada o combinada una indemnización pecuniaria y/o la restitución de la propiedad (artículo 8.39).

Se fiscalizan actuaciones nacionales pero no se cuestiona su legalidad con arreglo a su Derecho interno ni, en consecuencia, puede determinarse su anulación. Los tribunales que instituye el CETA pueden tener en cuenta el Derecho interno de una Parte como un *«elemento de hecho»* y para ello seguirá la *«interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte»*. Ahora bien, se advierte que *«cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte»* (artículo 8.31).

La clave de cuanto precede se residencia, pues, en articular sendos compartimentos estancos si bien, a su vez, interdependientes. Así, de una parte, el integrado por el Derecho de

---

<sup>260</sup> Artículo 8.10.1 CETA.

los Estados Parte en el CETA y que solo puede ser considerado como elemento de hecho por los Tribunales que se crean, siguiendo, además, la interpretación predominante dada por sus órganos jurisdiccionales o Autoridades. De otra, el Derecho que se articula con el propio CETA, interpretado con plenitud por sus Tribunales y que a buen seguro debe representar una guía para las actuaciones (normativas o administrativas) de los Estados Parte en orden a sujetarse, por lo que aquí interesa, al estándar del «trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad».

Los aspectos sustantivos y procedimentales por los que se ha discurrido evidencian la relevante existencia de unos órganos arbitrales que están llamados a ejercer un control sobre la actuación de las Administraciones de los Estados Parte e, incluso, sobre la desarrollada por sus órganos legislativos. Ello se traducirá en una fiscalización en la actuación de sus potestades discrecionales o en el margen de apreciación con el que se aplican conceptos jurídicos indeterminados tan esenciales como los que fijan el trato a dispensar al inversor extranjero. Al efectuar tal fiscalización se estarán resolviendo las tensiones que se produzcan entre medidas de intervención administrativa y los derechos de tales inversores. Y todo ello mientras subyace una disputa entre Estados (cuya actuación administrativa debe estar presidida por la salvaguarda del interés general) y operadores económicos (con un exclusivo interés particular).

### **2.3 La nacionalidad del inversor como presupuesto del arbitraje.**

Aunque se trate de una cuestión en la que los tratados de inversión no suelen detenerse, la nacionalidad se configura como un presupuesto decisivo a la hora de establecer la jurisdicción del órgano llamado a resolver la controversia. Un análisis en detalle del mismo llevaría, entre otras cuestiones, a abordar la cada vez más habitual y compleja problemática de las compañías de conveniencia (también denominadas «*shell companies*») que, ya basadas en un tercer Estado, ya en el Estado huésped de la inversión, constituyen o se sirven de una sociedad ficticia en el Estado de origen con el fin de tener acceso al arbitraje internacional.

Sin embargo, en lo que ahora interesa, el aspecto más relevante que en torno a la nacionalidad se suscita es el de si los nacionales de un país están legitimados para accionar contra su propio Estado. La respuesta, ya se anticipa, habría de ser negativa y, en la proyección de la misma a la problemática de las energías renovables, aboca a descartar la eventual reclamación de inversores de nacionalidad española (ya personas físicas, ya jurídicas) contra el Reino de España en tanto Estado huésped de la inversión.

Un significativo ejemplo de lo anterior en la práctica arbitral lo encontramos en el asunto *Serafín García Armas and Karina García Gruber v. Venezuela*<sup>261</sup>. El Sr. García Armas era un emigrante canario que se estableció en Venezuela en 1961, perdiendo la nacionalidad española en 1972 si bien la recuperó ulteriormente en 2004. Por su parte, su hija, la Sra. García Gruber, nació en Venezuela en 1980 y obtuvo la nacionalidad española en 2003. Por mor de la expropiación indirecta de sendas compañías les fue reconocido en virtud de laudo de 26 de abril de 2019 por la Corte Permanente de Arbitraje una indemnización de 214 millones de dólares. Se consideró incumplido el estándar del trato justo y equitativo previsto en el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela, firmado en Caracas el 2 de noviembre de 1995.

Sucedo que tal laudo ha resultado anulado por el Tribunal de Apelaciones de París en virtud de *Arrêt* de 3 de junio de 2020. Ello en atención a la falta de jurisdicción del órgano arbitral dado que los demandantes no tenían la nacionalidad española en el momento en el que hicieron la inversión y, por tanto, se trataba de venezolanos demandando a su propio Estado.

En relación con lo anterior, aun se puede plantear el supuesto en el que se trate de demandantes con doble nacionalidad<sup>262</sup>. También en este caso debería excluirse que aquellos que la ostenten reclamen contra su propio Estado independientemente de que en el tratado al que el arbitraje de inversión responda no se contemple disposición que lo prohíba. De esta forma, para los casos en que no se regule tal extremo, habría de acudir a la norma habitual de la nacionalidad dominante y mantener la jurisdicción del tribunal solo en el caso de si ésta es la del Estado de origen. Se trata con ello de evitar en la medida de lo posible que pueda adquirirse una segunda nacionalidad con el fin de acudir a lo que se denomina como «*forum shopping*».

Piénsese que el artículo 25.1 del Convenio CIADI establece la «*jurisdicción del centro*» sobre la base de que se trate de una diferencia de naturaleza jurídica surgida a propósito de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante. Además, en el artículo 25.2 se precisa que ese «*nacional de otro Estado Contratante*» habrá de reunir, cuando de una persona física se trate, determinados requisitos positivos y negativos. Ello al deber ostentar la nacionalidad del Estado de origen pero no poder tener también la del Estado receptor. Consiguientemente, las personas físicas que cuenten con ambas nacionalidades quedan excluidas sin excepción de la jurisdicción del CIADI.

---

<sup>261</sup> PCA Case N° 2013-3.

<sup>262</sup> Sobre tal particular, vid. GARCÍA OLMEDO, J., «*Claims by dual nationals under Investments Treaties: are investors entitled to sue their own States?*», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 8 (2017), págs. 695-727.

### **3. La asimetría que el arbitraje de inversiones representa: origen, finalidad y legitimidad.**

Cualquier aproximación que se haga al estudio del origen del arbitraje de inversión comportará el hallazgo de referencias a la denominada doctrina Calvo<sup>263</sup> y la comprobación de que esta condicionó de forma decisiva su evolución. Si en un primer momento aquél extranjero que hubiera visto desconocidos o violentados sus derechos por un Estado podía reclamar de su propia Nación derechos de represalia y con posterioridad se extiende la llamada protección diplomática<sup>264</sup>, la doctrina Calvo negaba al extranjero la posibilidad de demandar un trato distinto de aquél que correspondía a los propios nacionales del Estado anfitrión. Este principio acabó reflejado en buena parte de las Constituciones o legislaciones latinoamericanas a lo largo del siglo XX y se enderezaba a eludir el trato preferencial que tanto los países europeos como norteamericanos pretendían obtener en países en los que desarrollaban sus inversiones.

Con el tiempo la protección diplomática acabó cristalizando en el estándar mínimo de trato y éste, a su vez y en la forma que luego se desarrollará, en el trato nacional<sup>265</sup>, en el trato de nación más favorecida (NMF)<sup>266</sup> o en el trato justo y equitativo<sup>267</sup>. Esa norma mínima a exigir se correspondía con aquello que era reconocido en el Derecho interno de la mayoría de los países y se podía reivindicar por los Estados fuera de su territorio únicamente en lo que se refería a sus propios nacionales. De esta forma, los recelos hacia la independencia de los órganos judiciales nacionales estuvieron en el origen de la predilección hacia el sistema arbitral. Y a buen seguro las dudas sobre su imparcialidad son las que aun a día de hoy impulsan a grandes corporaciones o fondos de inversión a resolver disputas -y en su caso, ejecutar laudos- lejos del territorio donde la inversión fue materializada.

La incertidumbre que generarían las jurisdiccionales locales se despejan de esta manera a través del establecimiento de Tribunales arbitrales compuestos generalmente por tres miembros, dos de ellos designados a propuesta de cada una de las partes, mientras que el tercero

---

<sup>263</sup> Carlos Calvo (1824-1906) fue un jurista y diplomático de origen uruguayo y nacionalidad argentina que condensó la doctrina que lleva su apellido en la obra *«Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América»* (1868).

<sup>264</sup> Se define en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *«Curso de Derecho Internacional Público»*, Civitas 2002, pág. 385, como la *«acción que un Estado lleva a cabo, frente a otro Estado o una Organización Internacional, reclamando la debida aplicación del derecho internacional, bien en relación con un hecho ilícito del que han sido víctimas sus nacionales e imputable a las autoridades del Estado o la Organización frente a la cual se reclama, bien para asegurar el respeto de sus propios derechos»*.

<sup>265</sup> Artículos 10.3 TCE y 1.102 del Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA).

<sup>266</sup> Artículo 1.103 NAFTA

<sup>267</sup> Artículos 10.1 TCE y 1.105 NAFTA.

bien puede ser nombrado de común acuerdo entre ambas (en defecto de éste, se prevé que se designe por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI)<sup>268</sup> o, en el caso del Instituto de Arbitraje de la Cámara de comercio de Estocolmo, de forma directa por el Presidente de su Consejo Directivo<sup>269</sup>.

La finalidad a la que se adscribe la implantación de un sistema arbitral de solución de controversias no es otra que la de dar seguridad jurídica al inversor y, con ello, fomentar la atracción de capital exterior. Ahora bien, como observa DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO<sup>270</sup>, si lo que se pretendía inicialmente era la superación de una cierta «visión “colonialista”» (los Estados receptores de la inversión eran en una gran mayoría países en vía de desarrollo), en la actualidad el arbitraje de inversión se ha generalizado sin distinción (como lo demuestra el que países como España o Canadá se encuentren entre los más demandados ante el CIADI). La paradoja que se observa es que ya no se anhela por el foráneo el trato del nacional sino que es éste el que pretende ser considerado de la misma forma que aquél.

En el estado actual de las cosas, lo que subyace es un problema de justificación al trato diferenciado o, lo que es lo mismo, de la legitimidad de un sistema que solo protege a los inversores extranjeros<sup>271</sup>. Aun más. Afectando a nacionales de Estados homologables en términos de desarrollo democrático e independencia de sus órganos judiciales, ¿hasta qué punto está justificado el que se sustraigan tales disputas a los mismos? ¿resulta razonable configurar estándares de protección distintos que los que se aplican en el Derecho interno? Obviamente, no sería recomendable una respuesta simple a tan complejas cuestiones. Y probablemente tampoco la contestación hubiera de ser única sino depender del tipo de inversión ante el que se esté. No es igual que la misma se oriente a la explotación de recursos locales como la inversión en infraestructuras o servicios o, simplemente, que se trate de desarrollar una producción o distribución más eficiente. La intensidad de la intervención del Estado huésped de la inversión habría de ser más intensa en la primera y menos en ésta última.

En cualquier caso y como se irá desarrollando, si bien puede entenderse justificada la existencia de un sistema arbitral que provea de una mayor seguridad jurídica o haga más atractivas las inversiones extranjeras, no parece razonable que con ello se genere un

---

<sup>268</sup> Artículos 37.2 a) del Convenio CIADI y 9 del RA-CNUDMI.

<sup>269</sup> Artículo 17.2 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje (RA-IACCE), organismo fundado en 1917.

<sup>270</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., op. cit. 248, pág. 21.

<sup>271</sup> Sobre tal particular, vid. ALVIK, I., «*The justification of privilege in International Investment Law: preferential treatment of foreign investors as a problem of legitimacy*», *The European Journal of International Law*, (Volume 31 Issue 1), febrero 2020, págs. 289-312.

desequilibrio respecto de los nacionales. En definitiva, la norma del estándar mínimo de trato no puede acabar convirtiéndose en una norma que se traduzca en un trato de favor.

#### **4. Singularidades de las inversiones en determinados ámbitos: las energías renovables.**

En relación con lo que acaba de apuntarse a propósito de los distintos tipos de inversión y sin perder de vista el hilo conductor que las energías renovables representan, ha de partirse de que se trata éste de un sector con un alto grado de exposición a la intervención normativa o actividad regulatoria. Ello por cuanto requiere de excepcionales inversiones que precisan, lógicamente, de prolongados períodos de retorno y que tampoco puede desconocer el hecho de que su evolución tecnológica aun no esté totalmente culminada.

Sobre tal premisa, resulta evidente que no cabe pretender que el marco regulatorio o normativo en el que se fundó la inversión -o que incluso la propició- pueda permanecer inalterado durante un lapso temporal excesivamente prolongado. Así las cosas, una ausencia de cambios también puede resultar pernicioso para los inversores de forma tal que la estabilidad del sistema normativo no implicaría la asunción de riesgos menores<sup>272</sup>.

Para el sector de las fuentes de energías renovables incluso cambios con efectos hacia el pasado podrían resultar beneficiosos si con ello se generan marcos reguladores confiables y en virtud de los cuales el Estado receptor de la inversión garantice compromisos a largo plazo, modifique las políticas existentes acerca de la transparencia en los procedimientos o incluso se permita a los inversores conocer desde el principio el nivel de riesgo normativo de la iniciativa económica que emprende. No se trataría, pues, de frenar la discrecionalidad del regulador o la capacidad innovativa del legislador sino de afianzar la credibilidad en los compromisos que se asumen (a través de planificación a largo plazo, facilitando la cobertura de riesgos normativos mediante seguros, entre otras medidas).

En tal sentido, cabe aludir, dentro de la Unión Europea, a los Planes Nacionales de Energía y Clima 2030 (NECP) en tanto que marco para que los Estados miembros esboquen sus objetivos, políticas y medidas en materia de clima y energía de 2021 a 2030<sup>273</sup>. Ya en lo que respecta a España, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio para la Transición

---

<sup>272</sup> Vid. BELLANTUONO, G., «*The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector*», *Journal of World Energy Law and Business*, (Volume 10 Issue 4), agosto 2017, págs. 274-292.

<sup>273</sup> La elaboración de estos planes constituye una exigencia del Reglamento (UE) 2018/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.

Ecológica y el Reto Demográfico, remitió a comienzos del año 2020 el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC). En síntesis, el PNIEC se propone reducir en un 23% las emisiones de gases de efecto invernadero respecto a 1990. Lógicamente, las concretas medidas que en pos se articulen y la forma en la que se sucedan será otra cuestión.

### **5. Incentivos y recortes a las energías renovables en España. Su fiscalización por el arbitraje de inversión.**

Las reformas en el régimen de incentivos a las energías renovables que han sido analizadas en el Capítulo I (y sobre las que en buena medida se construye la doctrina del riesgo regulatorio por nuestro Tribunal Supremo y se avala por el Tribunal Constitucional) han llevado a grandes fondos de inversión domiciliados a lo largo de todo el planeta (si bien con una mayoritaria presencia en países de la Unión Europea) a reclamar de España en torno a 10.000 millones de euros al amparo del artículo 26.6 TCE por no haber dispensado «*un trato justo y equitativo*» a tales inversiones conforme al artículo 10.1 TCE. Estas disputas se han venido desarrollando -y lo siguen haciendo- principalmente ante el CIADI<sup>274</sup> pero también ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>275</sup> y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya<sup>276</sup>.

Hasta ahora se han iniciado 48 arbitrajes, de los cuales 27 ya han sido resueltos. El bagaje que arroja para los intereses de España no resulta muy satisfactorio desde el momento en que solo siete de las reclamaciones han sido íntegramente desestimadas<sup>277</sup>. Es cierto que de los aproximadamente 10.000 millones reclamados solo se han concedido en torno una décima parte. Pero al mismo tiempo se observa una nada desdeñable tendencia a apreciar la vulneración del principio del trato justo y equitativo cuando se entienden frustradas las legítimas expectativas esgrimidas por los inversores.

---

<sup>274</sup> Con sede en Washington, se trata de una institución del Banco Mundial establecida por el Convenio CIADI, ratificado por 154 Estados y en vigor desde el 14 de octubre de 1966 (Convenio CIADI).

<sup>275</sup> Aplica el propio RA-IACCE.

<sup>276</sup> Organización intergubernamental permanente establecida en 1899. Ha regido el RA-CNUDMI.

<sup>277</sup> Un «*listado de procedimientos arbitrales energéticos, con las cuantías reclamadas*» fue proporcionado el 6 de noviembre de 2017 al Congreso de los Diputados por el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, con ocasión de la pregunta formulada por el Grupo Parlamentario GCUP-ECP-EM.

De entre los laudos que han resultado favorables al Estado español, cabe destacar *Charanne* e *Isolux*, del Instituto de Arbitraje sueco, y *Stadtwerke*, dictado por el CIADI<sup>278</sup>. Los dos primeros abordan las reformas del sector fotovoltaico de 2010 mientras que la tercera se refiere a las que tuvieron lugar en 2013. En síntesis, en los mismos, en lugar de atenderse a expectativas estrictamente subjetivas de los demandantes, éstas se objetivan y, teniendo en cuenta, además, los parámetros considerados por el Tribunal Supremo, se rechaza tanto la tesis de que haya de mantenerse un marco regulatorio constante a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones como la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de la tarifa. Los pronunciamientos más relevantes de los citados laudos son los que siguen:

a) En el caso de *Charanne*, se rechaza de entrada que se esté ante una expropiación indirecta<sup>279</sup> por cuanto las demandantes siguen siendo titulares de sus acciones, siendo así que lo que en realidad suscitan es una disminución de la rentabilidad a obtener y, por ende, de tales valores. Se descarta que la reducción de rentabilidad acreditada sea de una magnitud tal que permita considerar que «*el valor de la inversión haya sido destruido*» [§462 y §466]. Seguidamente, ya en lo que hace al trato justo y equitativo a dispensar conforme al artículo 10.1 TCE, se advierte de la ausencia de un «*compromiso específico*» de mantener el marco regulatorio «*inmutado*», de forma tal que rebate la existencia de una expectativa legítima del inversor al respecto [§504 y §505]. Precisa que las demandantes «*hubieran podido prever fácilmente la posibilidad de ajustes al marco regulatorio*» dado que la «*ley española, en efecto, dejaba claramente abierta la posibilidad de que se modifique el sistema de retribución aplicable a la energía fotovoltaica*» [§505]. Toma para ello como referencia diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo de los años 2005 y 2006 en los que se desarrolla precisamente la idea del riesgo regulatorio [§506] y, aunque admite que se trata de normas distintas y que responden a contextos diferentes, afirma que habrían permitido prever a las demandantes que, cuando realizaron su inversión en 2009, existía la posibilidad de que el marco jurídico se viera modificado. Enfatiza que «*al menos ese es el nivel de diligencia que se esperaría de un inversionista extranjero en un sector altamente regulado como el energético, donde un análisis previo y exhaustivo del marco jurídico aplicable al sector es indispensable para proceder a realizar la inversión*» [§507]. Y aunque resalta que las decisiones de los Tribunales españoles no sean vinculantes para el órgano arbitral, «*las mismas son relevantes, como elementos fácticos, para comprobar que un inversor no podía, en el momento de la*

---

<sup>278</sup> *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, SCC Case N° V 062/2012; *Isolux Infrastructure Netherlands BV v. Spain*, SCC Case V2013/153 y *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/15/1.

<sup>279</sup> El artículo 13.1 TCE prohíbe tanto las medidas expropiadoras como aquéllas «*de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación*».

*inversión en disputa, tener la expectativa razonable de que, en ausencia de un compromiso específico, la regulación no iba a ser modificada a lo largo de la vida de las plantas»* [§508].

b) Por lo que respecta a *Isolux*, a la hora de determinar si las expectativas del inversor son razonables, se señala que *«todo inversor prudente tiene que saber del marco regulatorio antes de invertir»*. Así las cosas, para que exista una vulneración de las legítimas expectativas se requiere que las *«medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas»* [§781]. Con arreglo a tal esquema, se tiene en cuenta que el marco regulatorio ya había sido objeto de modificaciones previas [§788] y se esgrimen diversos pronunciamientos de la Sala Tercera de 2005, 2006 y 2009 (en torno al riesgo regulatorio) para, aun admitiendo que éstas no vinculan al órgano arbitral (*«que debe adjudicar la controversia con base en el TCE y en el Derecho internacional, únicamente»*), concluir que la demandante *«era consciente de que no habían obstáculos en derecho español para que el marco regulatorio fuera modificado, incluso en cuanto a las modalidades de remuneración del inversor. La existencia o no de tales obstáculos en derecho español es un hecho, y las sentencias del Tribunal Supremo, son parte de este hecho»* [§793]. Consiguientemente, *«sin exigir de un inversor razonable una investigación jurídica extensiva al momento de invertir, sí se puede presumir un conocimiento de decisiones importantes de la máxima autoridad judicial sobre el marco regulatorio de la inversión»* [§794].

c) Finalmente, en lo que hace a *Stadtwerke*, se trata del primer laudo favorable obtenido por España en el CIADI y relativo a las renovables. Concreta en cinco las obligaciones que configurarían el trato justo y equitativo conforme al artículo 10.1 TCE (proporcionar un marco regulatorio estable, no frustrar expectativas legítimas, actuar de manera transparente, evitar medidas irrazonables, abusivas o discriminatorias o que tengan un carácter desproporcionado). Asevera que ninguna de tales obligaciones se habría desconocido con la reforma en cuestión (la operada en 2013) toda vez que *«España no se había comprometido a abstenerse de modificar el marco regulatorio que regía la energía renovable en el momento en que las demandantes invirtieron»* y que, por tanto, se conservaba el *«derecho soberano de promulgar nuevas leyes y normativas y de enmendar o derogar aquellas vigentes en el momento en que se realizó la inversión»*. Apunta, con base en los Preámbulos de tales normas, que éstas responderían a la necesidad de proteger el *«interés público y, en particular, la sostenibilidad del sistema eléctrico español»* [§261]. Igualmente, se subraya que el estándar del trato justo y equitativo no protege frente a todas las modificaciones que el Gobierno pueda introducir en la legislación sino que se hace preciso un *«análisis objetivo de la legislación y el contexto fáctico de la realización de tal*

*inversión en pos de evaluar si un inversor prudente y experimentado podría haber asumido razonablemente una expectativa legítima y justificable relativa a la inmutabilidad de dicha legislación. Para que tal expectativa sea razonable, también debe surgir de un proceso riguroso de diligencia debida llevado a cabo por el inversor»* [§264].

Se refleja en definitiva en estos laudos favorables una especial atención por los criterios sentados por el Tribunal Supremo y, aunque se insiste en que su doctrina legal no vincula, no deja de ser tenida en cuenta como un aspecto fáctico a considerar por el inversor a la hora de construir su pretendida expectativa legítima al mantenimiento inalterado del marco normativo vigente en el momento en el que se materializó la inversión.

Frente a tales pronunciamientos, los planteamientos de los laudos que han resultado condenatorios<sup>280</sup> pueden sistematizarse en tres grupos en atención a los argumentos que devienen decisivos:

-En primer lugar, los que se fundamentan en una infracción de las expectativas de estabilidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

-En segundo término, los que se basan ya en el efecto retroactivo del modelo retributivo, ya en la falta de garantía de una rentabilidad razonable o, incluso, en ambas cuestiones a la vez. Ejemplo de ello es el laudo dictado en *The PV Investors v. Spain*<sup>281</sup>, uno de los más recientes y también el que suponía la reclamación de mayor importe (está fechado en febrero de 2020, se solicitaban 1.900 millones de euros y se salda con una indemnización de en torno a 90). Aunque la mayoría del Tribunal arbitral rechaza el carácter irrazonable, arbitrario, desproporcionado o no transparente de las medidas introducidas con la reforma, también concluye que se frustraron las expectativas legítimas en una «*tasa razonable de rendimiento*» de las inversiones efectuadas, circunstancia que reputa vulnera el trato justo y equitativo del artículo 10.1 TCE.

---

<sup>280</sup> Entre ellos, *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/13/36; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/15/38; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/14/11; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/13/31; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/14/1; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case N° 2015/063; *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/15/15 y *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A and GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*, SCC Case N° 2015/150.

<sup>281</sup> *The PV Investors v. Kingdom of Spain*, PCA Case N° 2012-14

-Finalmente, se ha atendido también en alguna ocasión a la rentabilidad de las plantas como el elemento determinante de proporcionalidad para decidir si se respetó o no el estándar de trato justo y equitativo del artículo 10.1 TCE. Es el caso del asunto *RWE v. Spain*<sup>282</sup>, hecho público en diciembre de 2019 en lo concerniente a la decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y principios del *quantum*. Fue el 18 de diciembre de 2020 cuando se emitió finalmente el laudo cuya indemnización se concretó en relación con las siete plantas del inversor respecto de las que, aun cuando se admitía que no existían compromisos específicos, se afirmaba que no habrían alcanzado una rentabilidad razonable. Así, de los 415 millones de dólares reclamados se concedieron únicamente 21.

## 6. El régimen de recursos en el sistema arbitral.

Los laudos CIADI son definitivos y obligatorios para las partes. Cualquiera de las mismas puede no obstante solicitar la anulación del laudo por las causas que aparecen previstas en el artículo 52.1 del Convenio CIADI, correspondiendo el conocimiento de tal anulación a una Comisión *ad hoc* integrada por tres árbitros. En el caso de los laudos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es la Svea Court of Appeal la que conoce de los recursos de nulidad contra los mismos<sup>283</sup>.

Pese a que solo pueden invocarse causas tasadas (indebida constitución del Tribunal o corrupción de alguno de sus miembros, extralimitación en sus facultades, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o falta de motivación) que, además, suelen interpretarse de forma restrictiva, España ha planteado hasta ahora diez recursos de anulación ante el CIADI respecto de otros tantos laudos condenatorios<sup>284</sup>. Por su parte, la entidad *Stadtwerke München*, la hasta ahora única demandante que ha visto como el CIADI desestimaba íntegramente su reclamación, ha hecho lo propio.

En lo que respecta a los laudos dictados en Suecia, han sido recurridos por parte de España ante la Corte de Apelación de Svea los de *Novenergia II* y *Foresight Luxembourg y Greentech Energy System*. En ambos casos, lo que la Corte ha dispuesto es la suspensión de la

---

<sup>282</sup> *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/14/34

<sup>283</sup> Contra su decisión no cabe en principio apelación ante el Tribunal Supremo sueco aunque la Corte puede conceder autorización para recurrir por la relevancia como precedente de la cuestión (artículo 43.2 Swedish Arbitration Act -SAA).

<sup>284</sup> El Comité «*ad hoc*» encargado de conocer del procedimiento de anulación del laudo *Eiser* (por el que se condenaba a España a indemnizar en 128 millones de euros) lo anuló por unanimidad el 11 de junio de 2020 al entender indebidamente constituido el Tribunal arbitral. Ello por mor de la relación comercial mantenida por uno de los árbitros con la entidad encargada de elaborar prueba pericial.

ejecución en tanto los recursos de nulidad se resuelven. No se accedió no obstante en el primero de los asuntos a plantear la cuestión prejudicial instada por España *ex* artículo 267 TFUE a propósito del encaje del TCE tras la Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* (C-284/16)<sup>285</sup>. Sin embargo, ya el 11 de marzo de 2021 y en procedimiento de anulación de laudo por el que se condenaba a Italia a satisfacer a determinados inversores 11.900.000 de euros por mor del incumplimiento de las obligaciones que le incumbían conforme al TCE, la Corte de Apelación de Svea sí que ha planteado cuestión prejudicial en la que suscita si debe el artículo 26 TCE (relativo a la solución de controversias) considerarse aplicable a la disputa entre un Estado miembro de la Unión y un inversor de otro Estado miembro. De ser así, también se pregunta si los artículos 4.3 y 19 TUE y 267 y 344 TFUE se oponen a la posibilidad de presentar demanda de arbitraje por un inversor comunitario contra un Estado miembro ante un órgano arbitral cuya competencia y resolución dicho Estado miembro vendrá obligado a aceptar.

Huelga decir que la respuesta que se dispense a tal cuestión prejudicial por el TJUE puede condicionar decisivamente la ejecución en Suecia de esos laudos favorables a inversores comunitarios en otros Estados miembros. Sobre esta cuestión se volverá posteriormente.

### **7. Estímulo al desistimiento en las demandas arbitrales contra España<sup>286</sup>.**

No puede cerrarse el recorrido por lo que viene deparando el panorama arbitral relativo a las reformas al régimen de las renovables de los años 2010 y 2013 sin traer a colación el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre<sup>287</sup>. Éste se atribuye el propósito de estabilizar la retribución de las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado<sup>288</sup>. Sin embargo, lo condiciona precisamente a que no se inicie o haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. En caso de que se hubiere iniciado, se podrán acoger al mecanismo las instalaciones que justifiquen la terminación

---

<sup>285</sup> Sin perjuicio de que será objeto de estudio posterior, la Sentencia *Achmea* no se ocupa del TCE sino de los APPRIIS intra-UE de forma tal que los proscriben en pos de la autonomía del Derecho comunitario desde el momento en que a través de los mecanismos de resolución de litigios que prevén puede aplicarse o interpretarse el Derecho de la Unión Europea sin que se garantice su plena eficacia.

<sup>286</sup> Sobre el objeto de este apartado fue objeto de publicación el siguiente artículo: IRANZO CERREZO, J.D., «*Remuneration to avoid compensation*», *European State Aid Law Quarterly*, (2020 Issue 3), págs. 392-395.

<sup>287</sup> Convalidado en fecha 27 de noviembre de 2019 por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución.

<sup>288</sup> Permite obtener una rentabilidad razonable del 7,398% durante el período 2020-2031, superior al 7,09% establecido durante el período 2020-2025, y evitando la incertidumbre del período 2026-2031.

anticipada del procedimiento arbitral o judicial, su renuncia al inicio o continuación futura o a la percepción de la indemnización obtenida.

Se comprenden en la noción de procedimientos arbitrales o judiciales no solo los iniciados por el titular, directo o indirecto, de la instalación, sino también los que hubieran sido promovidos por quienes pretenden hacer valer sus derechos por ser titulares de una inversión o por quienes se hubieran subrogado o sucedido por cualquier otro título jurídico.

La solución legislativa adoptada parece contradictoria con la hasta ahora mantenida. No en vano consistiría en el otorgamiento de una rentabilidad superior y por un período mayor al del régimen ordinario para evitar hacer frente a indemnizaciones que, paradójicamente y como se verá, pudieren finalmente ser consideradas ayudas de Estado. Es difícil predecir aun en este momento la efectividad de la medida en lo que se refiere a la reducción total de las demandas contra España o a las compensaciones globales a que hubiera lugar. Tampoco es fácil responder si ello puede constituir una ventaja económica selectiva si se tiene en cuenta que solo las entidades no nacionales pueden elegir entre una mayor retribución o la indemnización que pudiere atribuirles un laudo arbitral, circunstancia ésta última que a las nacionales les está vedada. En definitiva, aun cuando se trate de poner fin al aluvión de reclamaciones, lo cierto es que se estarían generando efectos discriminatorios entre inversores o incurriendo en notables incoherencias con respecto a los planteamientos que se vienen haciendo por España ante los órganos arbitrales para justificar la justicia y equidad del trato dispensado.

El resultado práctico hasta ahora arrojado por esta medida legislativa pasa por renunciaciones varias, ya a propósito de la formulación de demandas, ya desistiendo de las interpuestas, incluso una vez que las mismas se habían traducido en el reconocimiento de indemnizaciones. Tal es el caso de las entidades *Masdar Solar & Wind Cooperatief* (a las que se había reconocido indemnización por 80 millones de euros), *The PV Investors* (cuyo laudo favorable se traducía en una indemnización de 90 millones) o *Deutsche Bank* (su laudo ascendía a 59 millones). Los efectos se han sentido también en laudos favorables para España, como es el caso del antes analizado *Stadtwerke* y en relación con el cual los demandantes han expresado su intención de terminar de forma anticipada el procedimiento de anulación que habían instado.

### **8. La persecución global en búsqueda de la ejecución de los laudos.**

El carácter obligatorio del laudo se traduce en la posibilidad para la parte a quien favorece de instar su reconocimiento y ejecución caso de no darse cumplimiento voluntario al mismo. Las fuentes normativas de tal fuerza vinculante son las siguientes:

-En primer lugar y cuando de laudos CIADI se trata, ha de estarse, de un lado, al artículo 53 del Convenio CIADI («*el laudo será obligatorio para las partes*») y éstas «*lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida a en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio*»). De otro, al artículo 54.1, de acuerdo con el cual todo Estado Contratante «*reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado*».

-En segundo término, por lo que se refiere a los laudos del Instituto de Arbitraje sueco, el artículo 46.2 RA-IACCE predica el carácter «*definitivo y vinculante*» del laudo para las partes, pudiéndose interesar su ejecución ante los Tribunales de aquél país y estarse a la SAA.

-En tercer lugar, respecto los laudos distintos al CIADI (y, por ende, también los del Instituto de Arbitraje sueco), puede promoverse tal ejecución en cualquiera de los países signatarios de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención Nueva York). Ello por cuanto, con arreglo al artículo III de la misma, «*cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*».

-En cuarto término, tanto el RA-CNUDMI (artículo 34.2) como el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (RA-CCIP) (artículo 35.6) afirman el carácter obligatorio de los laudos para las partes y su obligación de «*cumplir sin demora*» los mismos.

-Finalmente, lo anterior se entiende sin perjuicio de que los propios TBIs o APPRIs contemplen previsiones específicas u obligaciones expresas a propósito del acatamiento de laudos entre inversores y Estados.

Pues bien, los inversores que han obtenido laudos condenatorios CIADI se han venido decantando mayoritariamente por tratar de forzar su ejecución en Estados Unidos. La formulación de los recursos de anulación ha permitido que el Tribunal de Distrito de Columbia haya venido suspendiendo hasta el momento todos los laudos en tanto que los mismos sean resueltos<sup>289</sup>. En síntesis, la posición de España ha consistido en alegar la imposibilidad de

---

<sup>289</sup> Sobre las facultades suspensivas de una ejecución pendiente de anulación CIADI, vid. KOTICK, B. y DAHLQUIST CULLBORG, J., «*A (counter) balancing act: the express power to order a security on a stay of enforcement pending annulment*», ICSID Review, Vol. 32, N° 1 (2018), págs. 260-279.

someter las controversias concernidas a arbitraje en tanto que contrarias al Derecho de la Unión por ser disputas intra-UE<sup>290</sup>. Otro tanto de lo mismo ha sucedido con la ejecución pretendida del laudo de *Novenergia II* dictado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y que ha sido suspendida tanto por la Corte de Apelación de Svea como por el citado Tribunal de Distrito estadounidense.

Sin embargo, lejos de allí, en Australia, algunos fondos de inversión sí consiguieron el despacho de ejecución de laudos CIADI pese a las suspensiones decretadas en el Distrito de Columbia. Se trataba de los luxemburgueses *Eiser Infrastructure Limited* y *Antin Infrastructure Services* en favor de los cuales se habían fijado indemnizaciones de 128 y 101 millones de euros, respectivamente. Como se señaló, el laudo *Eiser* finalmente ha resultado anulado y, por tanto, su cancelación implicará la imposibilidad de llevarlo a efecto.

La Federal Court of Australia -en primera instancia- resolvió autorizar mediante sendas Órdenes de 24 de febrero de 2020 la ejecución de tales laudos del CIADI<sup>291</sup>. Centrando buena parte de la decisión en la distinción conceptual entre «*enforcement*» y «*execution*» de los mismos<sup>292</sup>, rechazó la cuestión referente a la inmunidad invocada al considerar que España, al convertirse en signatario tanto del Convenio CIADI como del TCE, renunció implícitamente a tal inmunidad como Estado y se sometió a, entre otras, la jurisdicción australiana (también país Parte del Convenio CIADI y, por tanto, vinculado a su artículo 54). Adviértase que lo que se había solicitado por los inversores era la ejecución de los laudos pero no aún la materialización de la misma sobre propiedades del Estado.

Ya en segunda instancia, en fecha 25 de junio de 2021, se confirma que España ha de asumir el pago de la indemnización fijada en los laudos y se descarta que pueda invocar inmunidad soberana. Centrando el análisis en los artículos 54.1 del Convenio CIADI y 35.4 de la International Arbitration Act 1974, se discurre esencialmente por la expresión «*as if*»<sup>293</sup> del

---

<sup>290</sup> Se da la circunstancia de que España ha intervenido el 30 de junio de 2021 como «*amicus curiae*» en el asunto *Yukos Universal v. Russia* seguido también ante el Tribunal de Distrito de Columbia y en el que se trata de ejecutar la indemnización de 50.000 millones de dólares reconocida a la petrolera en Decisión de la Corte de Distrito de Amsterdam de 18 de julio de 2014. Ello por el incumplimiento por Rusia de sus obligaciones ex artículo 13.1 TCE al expropiar la compañía en el año 2007. España justifica en el citado escrito su alineamiento con la posición rusa en el hecho de que es demandada en procedimientos análogos seguidos ante el mismo Tribunal y la decisión que se adopte puede tener importantes implicaciones.

<sup>291</sup> Lo hace aplicando la International Arbitration Act 1974 (artículos 31, 32, 34 y 35). Tales preceptos de la norma australiana se ocupan específicamente de la aplicación del Convenio CIADI.

<sup>292</sup> Considerando para ello los Trabajos preparatorios del Convenio CIADI.

<sup>293</sup> La versión en lengua inglesa del Convenio CIADI expresa en el artículo 54.1 lo que sigue: «*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State*».

que se sirve el primero de los preceptos en orden a dilucidar si los demandantes tienen derecho a obtener el *exequatur* del laudo como si de una Sentencia nacional se tratase. La conclusión que se alcanza es que, en efecto, tienen derecho a ello. Destaca que no existe diferencia entre laudo («*award*») y Sentencia de un órgano judicial interno («*judgement*») en virtud del compromiso internacional suscrito por Australia al ratificar el Convenio CIADI<sup>294</sup> y de ahí que no pueda operar la inmunidad soberana en este ámbito.

Llegados a este punto del recorrido que se viene trazando, debe advertirse de entrada que, pese a que han transcurrido varios años desde el dictado de los primeros laudos condenatorios contra España en relación con las energías renovables, aun no se ha satisfecho cantidad alguna en razón de ellos. Ahora bien, siendo ello así, también es cierto que el cauce abierto a la ejecución en Australia (siempre a expensas de que no se produzcan eventuales anulaciones de laudos como la de *Eiser* en el Tribunal de Distrito de Columbia) supone que la problemática se sitúe en una nueva etapa.

La dificultad de ejecución frente a un Estado puede derivar ya de la inmunidad soberana, ya de la utilización por parte de éste de personificaciones jurídicas de diversa naturaleza que detenten la titularidad sobre bienes comerciales del Estado<sup>295</sup>. Lo que la Corte Federal Australiana ha resuelto implica que no puede oponerse la inmunidad soberana a la ejecución del laudo. Y ello desde el momento en que existe un acuerdo internacional (en este caso, el Convenio CIADI) suscrito por España en el que consintió de forma expresa el ejercicio de jurisdicción de órganos judiciales extranjeros en ejecución de los laudos.

Cuestión distinta es la forma en la que este finalmente pueda hacerse efectivo en la práctica o, lo que es lo mismo, si cabe confiar finalmente en la inmunidad de ejecución para excluir de una eventual persecución por parte de los acreedores a los bienes de los que sea titular España en territorio australiano.

Aunque desborda los límites de este trabajo, baste recordar que, en relación con el régimen jurídico de las inmunidades de que gozan los Estados extranjeros en el Estado, cabe estar a la Convención de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. La misma, abierta a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005, no ha entrado aún en vigor al requerir de treinta instrumentos de ratificación o adhesión (artículo 30.1). No obstante, la Asamblea General de Naciones Unidas

---

<sup>294</sup> «*The award is to be enforced as if it were a judgment. There is to be no difference in consequence and status between an award and a judgment*» [§9]

<sup>295</sup> Sobre tal particular, vid. GAILLARD, E. y MITREV PENUSHLISKI, I., «*State compliance with investment awards*», *ICSID Review*, Vol. 35, N° 3 (2020), págs. 589 y 590.

considera que las inmunidades recogidas en este instrumento constituyen «un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario», de manera que su cumplimiento «fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas». Sea como fuere, España la ratificó el 11 de septiembre de 2011 y ha mostrado un firme compromiso internacional en defensa de los principios y garantías del régimen de inmunidades<sup>296</sup>.

### 9. El régimen de ayudas del Estado. La posible vía de evasión.

Tradicionalmente han sido los inversores de nacionalidad española los que han venido recurriendo a los mecanismos de resolución de controversias con el fin de solucionar las diferencias con los Estados huéspedes de la inversión. Ello se ha traducido en múltiples demandas de empresas españolas -fundamentalmente ante el CIADI- contra Venezuela, Argentina o México principalmente. Sin embargo, merced a los litigios en materia de recortes a las energías renovables la tendencia se ha invertido, siendo en la actualidad España uno de los países que suma mayor número de demandas en su contra<sup>297</sup>.

Hasta el momento España no ha satisfecho suma alguna. Como se ha descrito, la estrategia que se viene desarrollando pasa, bien por dilatar los procedimientos arbitrales agotando las posibilidades de recurso, bien por aducir falta de jurisdicción o imposibilidad de ejecución cuando estos ya han devenido inatacables. El argumento esencial de esta última táctica se centra en afirmar que el pago del laudo equivale a una ayuda de Estado ilegal y, por tanto, contraria a la legislación de la Unión Europea.

A los solos efectos de dibujar ahora el planteamiento (el cual se desarrollará en profundidad con ocasión del análisis de la ejecución de los laudos) ha de traerse a colación la Decisión C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017, por la que la Comisión Europea resolvió la compatibilidad con el mercado interior *ex* artículo 107.3 c) TFUE del «régimen retributivo específico» para el apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, la cogeneración y los residuos<sup>298</sup>. Éste había reemplazado al implementado por los

---

<sup>296</sup> Así se admite en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (LPIEOI).

<sup>297</sup> GAILLARD, E. y MITREV PENUSHLISKI, I., *op. cit.*, pág. 549. Se contabilizan hasta 52 demandas contra España, solo detrás de Argentina (63) o Venezuela (58). Los únicos países europeos que figuran cerca en tal clasificación son la República Checa (40) y Polonia (31).

<sup>298</sup> Advierte y lamenta no obstante la implementación del esquema retributivo con anterioridad a su notificación a la Comisión, con la consiguiente violación del artículo 108.3 TFUE.

Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, configurándose a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, la LSE y el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

La evaluación de la Comisión pone el acento en la adecuación del régimen a las normas sobre ayudas estatales de la Unión Europea y, en particular, a las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (2014/C 200/01)). Con arreglo a las mismas se exigen subastas competitivas para el apoyo a la energía procedente de fuentes renovables desde 2017. Tales medidas tratan de garantizar que la utilización de fondos públicos sea limitada y no se produzca ningún tipo de sobrecompensación. Sobre esta base, la Comisión concluye que las medidas aumentarán el porcentaje de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables de conformidad con los objetivos medioambientales que se marca la Unión Europea y, además, se verá reducido al mínimo el falseamiento de la competencia causado por las ayudas estatales.

Interesa destacar del pronunciamiento de la Comisión que, tras advertir que la mayoría de los inversores que habían demandado a España con base en el TCE tenían su sede en otros Estados miembros de la Unión, toda disposición que prevé un arbitraje inversor-Estado entre dos Estados miembros resulta contraria al Derecho comunitario [§160]. Anticipando lo que el TJUE expresará más tarde en *Achmea*, sitúa la solución al conflicto en el principio de primacía y en el papel que al propio TJUE corresponde de acuerdo con el artículo 19 TUE. Y como quiera que el órgano arbitral creado sobre la base del TCE está llamado a aplicar el Derecho de la Unión (tanto como Derecho internacional que rige entre las partes como, cuando proceda, interno del Estado anfitrión de la inversión) y éste no constituye un órgano judicial de un Estado miembro, el TCE no se aplicaría a los inversores intra-UE [§162 y 163].

La consecuencia de lo que antecede es que mientras que el «régimen retributivo específico» articulado para las energías renovables no contraviene el régimen de ayudas de Estado, cualquier compensación que un órgano arbitral concediera a un inversor por mor de la modificación del régimen económico primado sí que constituiría en sí mismo una ayuda de Estado, notificable conforme al artículo 108.3 TFUE y sujeta a la obligación de «standstill» en aras a evitar la efectividad de la ventaja en tanto se dilucida sobre su compatibilidad<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> Cabe recordar que los Estados miembros deben informar a la Comisión sobre los «proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones» (artículo 108.3 TFUE). Las ayudas (nuevas) otorgadas sin cumplir con tal exigencia de notificación previa se reputan ilegales. Los Estados no pueden ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva de la Comisión acerca de la compatibilidad y conforme al artículo 108.2 TFUE. Esta «cláusula standstill» o suspensiva tiene efecto directo y es de aplicación por los órganos judiciales nacionales en defensa de los intereses concernidos.

En esta línea, en la Declaración de las representaciones de los Estados miembros de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* (C-284/16), se convenía no impugnar aquellos laudos arbitrales que no pudieran anularse o que se hubieran voluntariamente cumplido o estuvieran ya ejecutados. Al mismo tiempo, se asumió el pacto de desarrollar acciones, en el contexto del Tratado plurilateral (en clara referencia al TCE) o de los bilaterales existentes, para evitar que se utilicen como base para los arbitrajes entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros<sup>300</sup>.

Fruto de todo ello fue el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>301</sup>. Lo primero que debe destacarse del mismo es que se circunscribe a los TBIs intra-UE, sin perjuicio de que, como se exprese en sus Considerandos, «*la Unión Europea y sus Estados miembros tratarán*» la problemática relativa al artículo 26 TCE «*con posterioridad*». Este precepto se refiere a la solución de controversias entre inversores y Estados y suscita la cuestión relativa a si resulta o no contrario al Derecho de la Unión el que un inversor comunitario recurra al sistema arbitral que en el mismo se configura para ventilar una disputa contra un Estado miembro.

Repárese que en torno al TCE vienen desarrollándose trabajos de modernización<sup>302</sup> que cristalizaron en la propuesta formulada por la Comisión Europea en marzo de 2021 y que, entre otros aspectos, planteaba la modificación de la definición de «*actividad económica en el sector energético*», de forma tal que se posibilitará la exclusión gradual de la protección de las inversiones fósiles. Tal propuesta, no obstante, no cuenta aun con el apoyo del resto de países signatarios del TCE. Es por tal circunstancia por la que desde la Secretaría del TCE se realizó una nueva propuesta con el fin de dotar de mayor flexibilidad a los Estados Parte a la hora de decidir el alcance de la protección de las inversiones con arreglo al TCE. Ello se traducía en que, en lugar de tener que alcanzar un acuerdo de conjunto para eliminar protección de las inversiones en combustibles fósiles, los Estados Parte podrían excluir de forma unilateral la aplicación del TCE en lo relativo a la promoción y protección de las inversiones de ciertos productos energéticos.

---

<sup>300</sup> Así se expresa el apartado 7º de la Declaración.

<sup>301</sup> Suscrito por 23 Estados miembros el 5 de mayo de 2020, entró en vigor el 29 de agosto de 2020.

<sup>302</sup> Una nota actualizada acerca de la última ronda de negociaciones del Grupo de Modernización del TCE así como de la programación que a tal fin se ha venido desarrollando puede encontrarse en: [https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-tenth-negotiation-round-of-the-modernisation-of-the-ect-public-hn/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=50ada79138491c6c6f1e4d1f5eac0014](https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-tenth-negotiation-round-of-the-modernisation-of-the-ect-public-hn/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=50ada79138491c6c6f1e4d1f5eac0014) [Última visita: 31/7/2022].

Pospuesta, pues, la solución jurídica a dispensar desde la Unión Europea a la vigencia intra-UE del TCE, lo que el Acuerdo de terminación representa es el fin del arbitraje intra-UE, con independencia del convenio o conjunto de reglas de arbitraje por el que se rija (CIADI, IACCE, CCIP, CNUDMI o arbitraje «*ad hoc*»). Se terminan así en torno a 190 TBIs y se regula la forma en la que regirán sus cláusulas de extinción así como el régimen transitorio que afectará ya a los procedimientos de arbitraje pendientes, ya a los concluidos o que se inicien a partir de la entrada en vigor del Acuerdo.

Siendo la mayor parte de los arbitrajes que afectan a España a raíz de la reforma de los incentivos a las renovables promovidos por entidades radicadas en Estados miembros (se estima que en torno al 90% de los mismos), el régimen de ayudas de Estado se presenta así como la vía a través de la cual escapar de los laudos que vienen fijando indemnizaciones cuantiosas, el escudo jurídico que facultaría para no asumir su ejecución en tanto que la misma sería contraria al Derecho de la Unión. La estrategia de España se sitúa entonces en obtener de la Comisión un pronunciamiento específico sobre la incompatibilidad de los laudos con el mercado interior<sup>303</sup>. Tal y como se verá con ocasión del análisis del asunto *Micula*, esta senda para la evasión ni es inédita ni resulta inexplorada.

En la misma se enmarca la investigación que la Comisión lleva a cabo respecto de si la compensación que se impone a España a través del laudo arbitral del CIADI favorable a *Antin Infrastructure Services* constituye o no ayuda de Estado. Adviértase que es éste precisamente el laudo que ha obtenido el reconocimiento de ejecución por parte de la Corte Federal Australiana. Tras el dictado del laudo el 15 de junio de 2018, España informó a la Comisión el 17 de abril de 2019 de conformidad con el artículo 108.3 TFUE. Ésta ha emitido el 19 de julio de 2021 una opinión preliminar en la que concluye que el laudo constituiría ayuda estatal al otorgar a *Antin* una ventaja equivalente a las que otorgaba el régimen español no notificado de 2007<sup>304</sup>.

El análisis que efectúa la Comisión en esta opinión preliminar se asienta en la Sentencia *Micula* del Tribunal General (en ese momento aún pendía el recurso de casación contra la misma). Tiene en cuenta, de una parte, que, conforme a la misma, «*la indemnización del perjuicio sufrido no puede considerarse una ayuda, salvo que dé lugar a indemnizar la retirada de una ayuda ilegal o incompatible*». De otra, que las reglas del TCE no forman parte de las normas nacionales generales sobre responsabilidad civil de los Estados miembros (*Antin* es un fondo constituido en Luxemburgo y Países Bajos) [§75].

---

<sup>303</sup> De hecho, la Comisión Europea viene avalando la posición española al actuar como «*amicus curiae*» ante el CIADI cuando de ejecuciones de laudo ya se trata.

<sup>304</sup> Procedimiento de Ayuda estatal SA.54155 (2021/NN).

Ahora bien, advierte que, en contra de lo que razonó el Tribunal General, en los procesos arbitrales, el momento determinante de la concesión de la ayuda se corresponde con el dictado o ejecución del laudo y cuando se retira el esquema de ayudas. Resulta, sin embargo que, como luego se verá, el Tribunal de Justicia anula la Sentencia del Tribunal General al entender que se incurre en este punto en error de derecho<sup>305</sup>. Ello lleva a la Comisión a anticipar el análisis de ese escenario y a evaluar la compatibilidad del laudo *Antin* con las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 [sección 4.3.2.3].

La conclusión que se alcanza es que la ayuda (entendida como el pago del laudo) a *Antin* no se concede a través de un procedimiento competitivo y la Comisión duda de su proporcionalidad [§150]. Destaca que el laudo tiene por efecto indemnizar a un único inversor por la modificación del régimen ilegal de 2007 y que «*la indemnización concedida a un único inversor, que se benefició del régimen de 2007 y sigue beneficiándose del régimen de 2013, confiere a Antin una ventaja adicional a la que conferida a sus competidores*» [§151]. Añade que todas las demás instalaciones clasificadas en el mismo tipo o por el mismo parámetro solo recibirán el importe previsto en el régimen de 2013 y precisa que, «*aun en el caso de que estas otras instalaciones fuesen inversores con legitimación para recurrir al arbitraje, la incoación de tales procesos no garantizaría necesariamente que se dictase un laudo en su favor o un laudo que concediese una indemnización equivalente a la concedida a Antin*» [§152].

En definitiva, para la Comisión el pago del laudo puede falsear indebidamente la competencia y el comercio entre los Estados miembros. Duda de que se pueda declarar que la medida es compatible con el mercado interior basándose en dos motivos independientes:

-De una parte, se apunta a la posible infracción de los Tratados de la Unión. Tiene para ello en cuenta que la base en que se sustenta el laudo son las reglas del TCE (en particular, artículo 10.1) relativas a las relaciones entre inversores y Estados. Resalta que en el asunto *Achmea* (C-284/16) el Tribunal de Justicia declaró que el arbitraje entre inversores y Estados, cuando se aplica entre Estados miembros de la Unión, socava el sistema de recursos legales previsto en los Tratados para resolver esos litigios. Se estaría, en consecuencia, ante una amenaza para la autonomía del Derecho de la Unión y el principio de confianza mutua entre Estados miembros.

-De otra, la compatibilidad con los criterios establecidos en las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020.

---

<sup>305</sup> Acoge así el planteamiento que la Comisión Europea introducía con su recurso de casación.

Asimismo, la Comisión recuerda a España la obligación de no pagar la indemnización hasta que no concluya la investigación formal sobre la medida en cuestión. Subraya que esta obligación es de aplicación con independencia de los artículos 53 a 55 del Convenio del CIADI. Y enfatiza que tales disposiciones, interpretadas de conformidad con el Derecho de la Unión, no obligan a España a pagar el importe del laudo ya que dicho pago vulneraría normas de Derecho internacional a las que los Estados miembros de la Unión Europea y las empresas establecidas en ellos han concedido primacía, esto es, los Tratados de la Unión.

#### **10. Las legítimas expectativas de los inversores y el principio de trato justo y equitativo.**

De lo hasta ahora expuesto se colige la falta de coincidencia en los parámetros que se utilizan por los Tribunales nacionales y arbitrales a la hora de dilucidar si se ha producido una frustración de las legítimas expectativas y, por ende, si se ha afectado la seguridad jurídica por el proceder del Estado anfitrión de la inversión. La lógica consecuencia de todo ello es la disparidad de las decisiones y la protección dispensada. De una parte, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional efectúan una interpretación estricta de los principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica, haciendo prevalecer el interés público frente a una pretendida inalterabilidad del marco regulatorio sobre la que se habría depositado una confianza legítima. De otra, los órganos arbitrales -en los litigios relativos a los recortes a las energías renovables que están sirviendo de referencia- descansan la responsabilidad en el artículo 10.1 TCE en tanto que supone disponer por los Estados unas «*condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio*». Entre éstas se incluye el compromiso de conceder a tales inversiones «*un trato justo y equitativo*» y nunca «*menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados*».

La extensión que se otorgue a la configuración de la legítima expectativa condicionará el concepto jurídico indeterminado que el principio de trato justo y equitativo representa. A su vez, al suponer la existencia de una única solución válida a la hora de definir a éste último, el margen de apreciación que permitirá concretarlo operará con una mayor o menor amplitud según se conciba el derecho a la estabilidad regulatoria de una forma más o menos intensa.

### 10.1 Configuración histórica del principio de trato justo y equitativo.

Analizar la forma en la que ha evolucionado este principio es importante dado que permite conocer a qué responde y hacia dónde debe orientarse<sup>306</sup>. A este respecto, suele citarse el laudo *Neer contra México* como el primero en el que aparece dibujado<sup>307</sup>.

La norma mínima se basaba originalmente en la protección fundamental que se garantizaba por las leyes de las Naciones civilizadas, no sustentándose en el Derecho internacional consuetudinario. Recordemos que el artículo 38.1 ECIJ determinaba que la Corte Internacional de Justicia debía decidir conforme al Derecho internacional las controversias, debiendo aplicar, entre otros, «*los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*» (apartado c)). Lógicamente, a medida que avanza el proceso descolonizador y el arbitraje no se materializa exclusivamente en la protección de los países más desarrollados, los principios que menciona el artículo 38.1 c) ECIJ se vieron desplazados por los principios generales de justicia y equidad en tanto que sustrato de la norma mínima.

Antes se ha hecho referencia a la doctrina Calvo y como conforme a la misma se postulaba que un Estado huésped de la inversión no había de conceder a los extranjeros mejor trato que a los nacionales. En similares términos se pronunciaba ROOT<sup>308</sup>, para quien debía reconocerse al foráneo «*the same laws, the same administration, the same protection, and the same redress for injury which it gives to its own citizens, and neither more nor less*»<sup>309</sup>. Ahora bien, se exigía un añadido, esto es, que el Estado huésped de la inversión provea a sus propios ciudadanos de una protección acorde con las contempladas en las Naciones civilizadas. Ello, además, se habría de predicar no solo respecto del fondo como del procedimiento, ampliándose así la doctrina Calvo hacia una norma que, además de procesal, tendría carácter material.

---

<sup>306</sup> Sobre tal particular, vid. BLANDFORD, C., «*The history of fair and equitable treatment before the Second World War*», ICSID Review, Vol. 32, N° 2 (2017), págs. 287-303.

<sup>307</sup> *LFH Neer and Pauline Neer v Mexico* de 15 de octubre de 1926. Fue dictado por la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México, constituida en 1924 con la finalidad de resolver disputas derivadas de la Revolución mexicana. Paul Neer, ciudadano estadounidense residente en México y administrador de una mina, fue asesinado por un grupo de hombres armados. El Gobierno de Estados Unidos basó su petición indemnizatoria en la ausencia de una investigación judicial efectiva. No obstante, la Comisión desestimó la petición al entender que México no había desconocido el estándar de trato justo y equitativo dado que no violó el Derecho internacional.

<sup>308</sup> Elihu Root (1845-1937) fue un político estadounidense que tomó parte en la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dependiente de la Sociedad de Naciones (1920-1923).

<sup>309</sup> ROOT, E., Discurso dirigido el 28 de abril de 1910 a la Sociedad Americana de Derecho Internacional. Vid. «*Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*» (Vol. 4), Cambridge University Press.

El trato justo y equitativo habría de presumirse con carácter general conforme al Tratado de inversión en el que se insertaba pero, además, se hacía preciso distinguir entre, de un lado, los principios de justicia y equidad universalmente reconocidos, que eran vinculantes como ley. De otro, concepciones subjetivas de justicia y equidad, que no eran vinculantes y que se identificaban con la solución de la controversia y que se aplicarían «*ex aequo et bono*» o, lo que es lo mismo, de acuerdo con lo que se interpreta como correcto y bueno.

La consecuencia es que los tribunales habrían de examinar los principios generales universalmente aceptados (y no sólo el derecho internacional consuetudinario) para establecer el contenido de la norma mínima o el estándar del trato mínimo en la actualidad.

### **10.2 Laudos y «*stare decisis*».**

Se expresaba en el Capítulo IV (apartado 3.3) que la locución «*stare decisis*» supone estar o seguir según ya lo decidido y se trata con ella de dotar de mayor seguridad jurídica y garantizar un mayor grado de previsibilidad en la aplicación e interpretación de la norma. Constituye un lugar común el negar a los laudos la posibilidad de sentar precedente. No existe lógicamente una vinculación o dependencia jerárquica de unos órganos arbitrales respecto de otros como tampoco se articula siquiera una competencia funcional dentro de los distintos sistemas arbitrales que se vienen examinando y que vaya más allá de tener atribuido el conocimiento de los recursos de anulación (fundados en motivos tasados).

Observa BELTRÁN DE FELIPE que ello determina que no sea «*en teoría posible la construcción por vía jurisprudencial de algo así como un régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial y de su procedimiento, ni tampoco de lo que se considera medida equivalente a la expropiación*». Señala también que los efectos del laudo no afectan más que a las partes implicadas en tanto que «*sus pronunciamientos se refieren al caso concreto*»<sup>310</sup>.

En la práctica, los órganos arbitrales esgrimen precedentes para fundamentar sus razonamientos o apoyar sus decisiones. El hecho de que no aparezcan definidas o concretadas las expectativas legítimas en los instrumentos que están llamados a aplicar contribuye sin duda a que sientan la necesidad de definir sus contornos por comparación con lo apreciado o expresado

---

<sup>310</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M., «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAPyPAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna», en «*Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*» (Vol. 1), Coord. por AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., El Justicia de Aragón, 2008, págs. 469 y 470.

en laudos anteriores. De una forma muy gráfica, ROBERTS precisa que la jurisprudencia arbitral se asemeja a un castillo de naipes construido en gran medida por referencia a laudos de otros Tribunales así como a opiniones académicas, con poca consideración del punto de vista y la práctica de los Estados en general o de las Partes del Tratado en particular<sup>311</sup>.

Sobre tales premisas, resulta innegable que, aunque no de forma vinculante por cuanto los laudos solo surten efectos respecto de las partes, el precedente arbitral goza de una relevancia hoy que ya no cabe desconocer. Como apunta POTESTÀ, la coherencia de la «*jurisprudencia arbitral*» parece reforzar las expectativas legítimas de los demandantes toda vez que, una vez que unos cuantos laudos comienzan a respaldar una determinada idea, los tribunales arbitrales posteriores se sentirán con el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos coherentes<sup>312</sup>.

La ventaja que todo ello representa desde la perspectiva de alcanzar una mayor previsibilidad en el pronunciamiento o contar con mejor seguridad jurídica tiene no obstante como contrapunto el que la mera invocación de precedentes puede eludir el análisis acerca de a qué responden las expectativas legítimas, cómo se generan y cuáles son sus límites.

### **10.3 El concepto de legítima expectativa en el arbitraje de inversión.**

Con la doble advertencia que acaba de hacerse a propósito de la ausencia de un concepto jurisprudencial en torno a la expectativa legítima como también de una previsión normativa que contribuya a definirla, lo primero que puede afirmarse es que, más allá de la subjetividad que puedan llevar implícitas, las legítimas expectativas sirven de noción flexible que permite a los órganos arbitrales equilibrar los intereses de los inversores y el derecho del Estado a innovar su ordenamiento jurídico o a la Administración desarrollar su actividad regulatoria. Todo ello, además, puesto en relación con el compromiso en el Tratado asumido de dispensar un trato justo y equitativo a las expectativas legítimas de los inversores foráneos. En definitiva, se trata de dilucidar qué constituye una expectativa legítima para después resolver cuál es el estándar del trato justo y equitativo con arreglo al Tratado.

---

<sup>311</sup> ROBERTS, A., «*Power and persuasion in investment Treaty interpretation: the dual role of States*», *American Journal of International Law*, (Volume 104 Issue 2), abril 2010, pág. 179.

<sup>312</sup> POTESTÀ, M., «*Legitimate expectations in investment Treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept*», *ICSID Review*, Vol. 28, N° 1 (2013), pág. 91.

Una buena aproximación a tal concepto puede encontrarse en el asunto *Tecmed v. México*<sup>313</sup>, donde el CIADI declaró que el tratamiento a la inversión extranjera no debe desvirtuar las «*expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen*».

También resulta muy clarificadora la exposición contenida en el asunto *Thunderbird v. México*<sup>314</sup>. Tras referir la «*jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario*», se afirma que «*el concepto de “expectativas legítimas” guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)*». Adviértase que la referencia al TLCAN lo es al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (acrónimo NAFTA en lengua inglesa) y que este Tratado contiene previsión relativa al «*nivel mínimo de trato*» al disponer en su artículo 1.105 que «*cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas*».

Mas allá del aspecto fundamental que supone la forma en la que se generan las legítimas expectativas (sobre la que seguidamente se discurrirá), pueden constatarse una serie de elementos comunes en el abordaje que de las mismas se realiza:

a) En primer lugar, se está ante una cuestión presidida por la casuística o, lo que es lo mismo, será en cada caso el contexto nacional el que contribuya a decidir acerca de si una determinada acción normativa o actuación administrativa infringe el estándar de protección. Como se apunta en los laudos de *Charanne o Isolux v. España*, resultan decisivos para la

---

<sup>313</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/2 [§154].

<sup>314</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. México*, UNCITRAL Case, de 26 de enero de 2006 [§147].

conclusión que se alcanza tanto los cambios normativos habidos con anterioridad en el sector concernido como los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo que venían advirtiendo del riesgo regulatorio. En similares términos, puede traerse a colación el asunto *Siemens v. Argentina*<sup>315</sup> en el que, destacando las dificultades para ofrecer un concepto inequívoco y estático sobre las legítimas expectativas, se efectúa una remisión a las reglas de interpretación de los Tratados previstos en la Convención de Viena para concluir que se habría mostrado tanto por la demandante como por el Estado una «*actitud positiva hacia la inversión*», de suerte que quedaría excluido el quebranto de la obligación de trato justo y equitativo al no mediar mala fe. Y también en esta línea, el laudo *Alex Genin v. Estonia*<sup>316</sup> centra su atención en las circunstancias de transición política y económica del país que justificaban un mayor control en el sector bancario y, en su consecuencia, la revocación de la licencia a la demandante.

b) En segundo término, debe tenerse en cuenta la conducta desplegada por el Estado demandado, exigiendo de la misma que resulte coherente y transparente, así como que adolezca de toda nota de arbitrariedad. No se trataría tanto de garantizar la congelación del ordenamiento jurídico o el mantenimiento de la situación regulatoria como de evitar actuaciones imprevisibles ya por inopinadas, ya por no responder a una secuencia lógica de los acontecimientos. Ello entroncaría nuevamente con la constatación de cuáles son los objetivos de interés general que se persiguen por el Estado con la modificación que se opera.

c) Finalmente, ha de considerarse la diligencia del inversor. Ello por cuanto la expectativa se genera tanto por el comportamiento desplegado por el Estado como por la percepción que el inversor tiene tras el análisis que efectúa de las condiciones existentes o que le hayan sido ofrecidas. A este respecto, en el asunto *Saluka vs. República Checa*<sup>317</sup> se señala que la decisión de invertir se basa en una evaluación del estado de la ley y de la totalidad del entorno comercial en ese momento, además de la expectativa del inversor de que la conducta del Estado anfitrión posterior a la inversión será justa y equitativa. De ahí que -continúa razonando- la norma del trato justo y equitativo está estrechamente vinculada a la noción de expectativa legítima en tanto que elemento dominante el estándar de protección

---

<sup>315</sup> *Siemens v. Argentina*, ICSID Case N° ARB/02/08.

<sup>316</sup> *Alex Genin, Eastern Credit Ltd. Inc. v. Estonia*, ICSID Case N° ARB/99/2.

<sup>317</sup> *Saluka Investments B.V. v. República Checa*, UNCITRAL Case, de 17 de marzo de 2006 [§301 y 302].

Afirma VIÑUALES<sup>318</sup> que los cambios arbitrarios o irrazonables deberían ser objeto de reclamación por cuanto implica una cuestión de riesgo político. Ahora bien, diferencia de lo anterior aquellas situaciones en las que existe un margen significativo para los cambios en las condiciones de los mercados regulados que se espera que el inversor evalúe y anticipe, como parte de su juicio empresarial, incluyendo el ejercicio de la diligencia debida. Concluye que, en ausencia de tal diligencia, la posibilidad de invocar la frustración de sus expectativas legítimas o razonables debería ser «*extremadamente limitada*».

Más allá de que también la diligencia constituye un elemento que precisa de una valoración subjetiva, se trata de objetivar ese comportamiento del sujeto inversor a través de determinados estándares de conducta tales como los que se integran en la denominada Responsabilidad Social Corporativa [«*Corporate Social Responsibility*» (CSR)] o Inversión Socialmente Responsable [«*Socially Responsible Investment*» (SRI)].

#### **10.4 Mecanismos generadores de las legítimas expectativas.**

Acaba de aludirse a la conducta del Estado huésped de la inversión que justifica la creación de la expectativa legítima. Seguidamente, se identificarán y describirán los tres mecanismos principales que los órganos arbitrales vienen reconociendo -si bien con distinta intensidad- como generadores de expectativas dignas de protección.

##### **10.4.1 Compromisos contractuales.**

El primero de ellos viene dado por los compromisos contractuales asumidos por el Estado anfitrión y que representa su más fuerte expresión. No en vano a través de los contratos se pretende otorgar estabilidad y certeza a las partes y, por tanto, las expectativas que en virtud de los mismos se originan justifican la máxima protección.

Como ejemplo de laudo arbitral resuelto de forma favorable a demandante que invocaba la legitimidad de sus expectativas con base en un contrato cabe citar el asunto *MTD v. Chile*<sup>319</sup>. En aquél, el proyecto de desarrollo urbano que había justificado el contrato de inversión se vio frustrado porque las normas de planificación urbanística no lo permitían. El CIADI resolvió que el Estado anfitrión, al celebrar el contrato de inversión y luego denegar los permisos pertinentes, había frustrado las expectativas del inversor, actuando de manera injusta o no equitativa.

---

<sup>318</sup> VIÑUALES, J.E., «*Investor diligence in investment arbitration: sources and arguments*», ICSID Review, Vol. 32, N° 2 (2017), pág. 369.

<sup>319</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case N° ARB/01/7.

Debe no obstante distinguirse entre las expectativas legítimas que el Tratado de inversión protege y aquéllas que traen causa exclusivamente del compromiso contractual. Ello por cuanto el incumplimiento de contrato no puede equipararse a la vulneración del Derecho internacional, de suerte que cuando es el Estado el que incumple el inversor habrá de recurrir a un órgano judicial nacional esgrimiendo como fuente de la obligación tal contrato y no ante el órgano arbitral que instituya el Tratado correspondiente. Son distintas, pues, la responsabilidad contractual y las consecuencias jurídicas que traiga consigo la vulneración del principio de *tato justo y equitativo*. Lo anterior lo plasma con claridad el asunto *Parkerings v. Lituania*<sup>320</sup>. Se analizaba la rescisión por parte de la ciudad de Vilnius de un contrato suscrito con un grupo inversor que pretendía construir un aparcamiento público. Tal circunstancia se debió a múltiples vicisitudes (entre otras, la designación del casco histórico de la ciudad, donde el parking habría de emplazarse, como Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO). Lo que el laudo resuelve sobre tal particular es que el inversor debe buscar reparación en el foro legal apropiado (el señalado contractualmente en aquella ocasión eran los Tribunales lituanos) antes que presentar una reclamación basada en un Tratado de inversión y ante un órgano arbitral de solución de controversias. Llega a afirmarse que no existía razón objetiva para cuestionar la capacidad de los Tribunales lituanos para resolver de manera justa [§453 y 454].

Consiguientemente, habrá de estarse en primer término a los términos del contrato para exigir la responsabilidad pertinente para el caso de incumplimiento. Ello en la forma y ante el foro que se haya previsto y solo después de lo anterior puede recurrirse a la protección que los Acuerdos internacionales puedan deparar. Como certeramente afirma CRAWFORD<sup>321</sup>, la referencia a una norma general y vaga que contemplare expectativas legítimas no puede sustituir a los derechos contractuales. La relevancia de la confianza legítima no es una licencia para que los Tribunales reescriban los términos libremente negociados de los contratos de inversión.

#### 10.4.2 Declaraciones o promesas de carácter oficioso.

El segundo mecanismo para generar expectativas legítimas aparece integrado por las declaraciones o promesas que con carácter oficioso se hayan efectuado por el Estado anfitrión y que habrían determinado la materialización de la inversión. Siendo múltiples y muy variados los supuestos que pueden encontrarse en la práctica arbitral, baste la cita de los que siguen:

---

<sup>320</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Lituania*, ICSID Case N° ARB/05/8.

<sup>321</sup> CRAWFORD, J, «*Treaty and contract in investment arbitration*», *Arbitration International*, Vol. 24, N° 3 (2018), pág. 373.

-En primer lugar, el asunto *International Thunderbird v. México*<sup>322</sup>, en el que se rechaza la violación del «nivel mínimo de trato» por parte de México. Thunderbird se basó en un dictamen jurídico («Oficio») que le dieron las autoridades sobre la legalidad de sus operaciones de juego propuestas sin que llegase siquiera a informar acerca de la naturaleza de las máquinas. Efectuada la inversión, las autoridades cerraron las instalaciones, interpretándose por los árbitros que el simple «Oficio» no podía generar una expectativa legítima en la que el inversor pudiera confiar razonablemente.

-En segundo término, en el asunto *Metalclad v. México*<sup>323</sup> se plantea una disputa derivada de la construcción de un vertedero de residuos peligrosos. La mercantil obtuvo los permisos necesarios tanto a nivel federal como estatal, siendo así que finalmente faltaba una licencia a nivel municipal y respecto de la que recibió reiteradas garantías por parte de los funcionarios estatales en el sentido de que tal licencia ni era necesaria ni existía base legal para que el ente local la denegase. No habiendo podido desarrollar la actividad constructora por mor de la falta de tal permiso, el Tribunal concluyó la infracción del trato justo y equitativo por cuanto Metalclad había confiado en las declaraciones del Gobierno mexicano.

-En tercer lugar, puede traerse nuevamente a colación el asunto *MTD v. Chile*<sup>324</sup>. Aquí la expectativa se habría generado con ocasión de una cena de gala entre el Presidente de Chile y el de Malasia, Estado de origen de la entidad inversora. En el desarrollo de la misma tuvo lugar un discurso del mandatario chileno en el que elogió el proyecto inmobiliario concernido. El órgano arbitral tuvo en cuenta precisamente la expectativa generada durante el evento.

-Finalmente, resulta de interés el asunto *El Paso v. Argentina*<sup>325</sup>, en el que el demandante fundó sus expectativas legítimas en un mensaje dirigido al Congreso por el Presidente de Argentina y su Ministro Carvallo en el que se predicó la seguridad jurídica que se obtendría con la aprobación de la nueva ley del sector eléctrico. El órgano arbitral advierte que una declaración de esta naturaleza, aun cuando pudo haber inducido a la demandante a invertir en Argentina, no tenía entidad suficiente para constituir un compromiso específico con los invasores extranjeros de que no se modificaría el marco normativo existente y aun cuando éste fue precisamente articulado para atraer tales inversiones.

---

<sup>322</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. México*, UNCITRAL Case, de 26 de enero de 2006

<sup>323</sup> *Metalclad Corporation v. México*, ICSID Case N° ARB(AF)/97/1.

<sup>324</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case N° ARB/01/7.

<sup>325</sup> *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case N° ARB/03/15.

No resulta difícil constatar el que la casuística en este punto puede tornarse infinita. Sea como fuere, la clave para entender que se ha generado una expectativa legítima debe residenciarse en la especificidad de la representación que se haya efectuado. Se ha de tratar, pues, de una promesa concreta, no ambigua, individualizada con respecto al inversor en cuestión y no formulada de forma general o en abstracto. A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional<sup>326</sup> (CDI) elaboró en el año 2006 los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas. En estos se destaca la capacidad que todo Estado tiene para «*contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales*» (apartado 2); que para que una declaración unilateral obligue internacionalmente debe provenir de una «*autoridad que tenga competencia a estos efectos*» - entendiéndose por tales en todo caso a los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores- (apartado 4) y, además, ha de formularse en «*términos claros y específicos*».

#### 10.4.3 Perspectiva del mantenimiento de un marco normativo estable.

Este último supuesto es el que con más frecuencia se presenta y el que puede reputarse como la fuente principal de expectativas legítimas que se invocan en sede arbitral. Ha sido también, como se expuso, el que ha sido asumido en alguno de los arbitrajes sobre renovables contra España y requiere del análisis, a su vez, de circunstancias tales como lo radical o drástico del cambio, la conducta del inversor (su mayor o menor diligencia como operador), el carácter razonable de sus expectativas o el nivel de desarrollo del Estado receptor<sup>327</sup>.

El punto de partida debe ser advertir de que en este caso ese marco normativo debe ser conocido por el inversor y tenido en cuenta a la hora de abordar tal inversión. Basta reiterar el que con arreglo al Derecho interno -y con base en la interpretación que Tribunal Supremo y Constitucional vienen efectuando- resultará infructuoso fundar una pretensión indemnizatoria en la expectativa legítima de que el régimen normativo permanezca inalterado. Este es quizá el punto en el que diverge la interpretación de nuestros Altos Tribunales con la que expresada en numerosos laudos arbitrales. Y en este desajuste se encuentra la clave para entender la desigualdad que se depara a operadores económicos nacionales con respecto a los extranjeros.

---

<sup>326</sup> Órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas y que tiene por objeto impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación.

<sup>327</sup> Para un análisis detallado sobre la interpretación arbitral de las legítimas expectativas en tal ámbito, véase POTESTÁ, M., «*Legitimate expectations in investment Treaty Law: understanding the roots and the limits of a controversial concept*», op. cit.; MUTIS TÉLLEZ, F. «*Conditions and criteria for the protection of legitimate expectations under International Investment Law*», ICSID Review, Vol. 27, N° 2 (2012), págs. 432-442 y KALICKI, J. y MEDEIROS, S. «*Fair, Equitable and Ambiguous: What is fair and equitable treatment in International Investment Law?*», ICSID Review, Vol. 22, N° 1 (2007), págs. 24-54.

El planteamiento que se efectúa incluye dentro del estándar de protección del trato justo y equitativo al elemento de estabilidad del marco normativo. Esto es lo que se tiene en cuenta en el asunto *CMS vs. Argentina*<sup>328</sup> cuando se afirma, con referencia al Preámbulo del TBI entre Estados Unidos y Argentina, que la «*estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo*», de forma que las medidas respecto de las que se reclama «*transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica*».

Sin embargo, también es cierto que otros Tribunales arbitrales han enfatizado que el derecho del Estado a regular no puede congelarse ni restringirse a resultados de los Tratados de inversión. Tampoco cabría demandar que permanezcan inalteradas las circunstancias que existían cuando la inversión se llevó a cabo (es el caso, entre otros, del citado asunto *Saluka vs. República Checa*).

La falta de unos criterios plenamente objetivables, la ausencia de una doctrina vinculante para los árbitros o un esquema funcional al que éstos hayan de someterse posibilita el que, de un lado, se ofrezcan posiciones favorables a restringir el concepto de legítimas expectativas para dotar de mayor capacidad innovativa al legislador o de discrecionalidad al regulador. De otro, que se postule como parte del estándar del trato justo y equitativo la estabilidad del marco normativo, al margen, incluso, de cláusulas de estabilización que pudieran jugar como compromiso específico en el marco de un Tratado de inversiones.

A todas las variables que hasta ahora se ha hecho referencia y que pueden contribuir a configurar la legítima expectativa, cabe aun añadir tanto la necesidad de ponderar los intereses generales concernidos (en los que el Estado fundamenta la necesidad del cambio) como la indispensable aplicación del test de proporcionalidad en cuanto límite a la discrecionalidad regulatoria. Como indican KINGSBURY y SCHILL<sup>329</sup>, la aplicación de este principio por los Tribunales de inversión se lleva a cabo para verificar si una medida regulatoria «*se encuadra dentro del marco de los requisitos que establece un tratado de inversión, en cuya virtud se han de respetar los intereses de los inversores extranjeros (a través de los conceptos de trato justo y equitativo, y de la expropiación indirecta)*». En efecto, de lo que se trata, en lo que ahora interesa, es de constatar si las expectativas legítimas del inversor suponen la prohibición de

---

<sup>328</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case N° ARB/01/8. [§274y 275].

<sup>329</sup> KINGSBURY, B. y SCHILL, S., «*El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad y el emergente Derecho Administrativo global*», en «*Hacia el Derecho Administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*», Coord. por KINGSBURY, B. y STEWART, R.B., Global Law Press, 2016, pág. 618.

regular intereses ajenos o incluso contrarios a los de éste y que, por tanto, pudiera afectar negativamente a las expectativas que propiciaron la inversión. Para ello habrán de verificarse la idoneidad de la medida, su necesidad y la proporcionalidad “*stricto sensu*” de la misma.

### **11. La proyección de las legítimas expectativas y del principio de trato justo y equitativo a los litigios contra España relativos a los recortes a las energías renovables.**

Dibujada la forma en la que se construyen las legítimas expectativas en el arbitraje de inversión en general, procede ahora analizar las singularidades que éstas presentan en el concreto contexto de los incentivos y recortes a las energías renovables así como la forma en la que se protegen a través del estándar del trato justo y equitativo. Así pues, preside el análisis los términos en los que se expresa el artículo 10.1 TCE.

Repárese en que esta no es una problemática exclusiva de España sino que otros países de la Unión Europea (señaladamente, Italia y República Checa) también han sido objeto de múltiples demandas por mor de los cambios introducidos en el sector.

Centrándonos en los litigios seguidos contra España, tres cuestiones se presentan como fundamentales: la forma en la que es tratada la estabilidad regulatoria como expectativa legítima, la proyección al caso concreto de qué se interpreta como un compromiso por parte del Estado a la hora de generar de la legítima expectativa y el margen de apreciación que se reconoce al Estado al regular ponderando los distintos intereses públicos concernidos.

a) En lo que hace a la relación que cabe predicar entre la estabilidad regulatoria y la expectativa legítima de que ésta se mantenga, en *Eiser* se admite que el artículo 10.1 TCE «*no quiere decir que los regímenes regulatorios no puedan evolucionar. Claramente pueden hacerlo*» [§382]. Por ello, las expectativas legítimas deben contemplar la posibilidad real de que se «*instrumenten cambios y modificaciones razonables en el marco legal*» por parte de las autoridades competentes y dentro de los límites de las facultades que tengan conferidas. Se excluye con ello la exigencia de estabilidad regulatoria si bien fijando el límite en que no cabe la alteración del régimen regulatorio aplicable a las inversiones existentes «*de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión*».

b) Por lo que respecta a qué debe entenderse por compromiso estatal susceptible de generar la legítima expectativa, cabe destacar que se admite que ésta pueda residenciarse en la legislación de aplicación pero sin que ello pueda interpretarse como una garantía de que vaya a permanecer inalterada. Se ha entendido así que el reconocimiento del derecho a recibir una

determinada «*tasa de rendimiento razonable*» podía implicar una restricción de la facultad del Estado para la modificación sustancial del marco regulatorio. Muy representativo es en este caso el laudo *The PV Investors* en tanto que, como corolario de lo anterior, declara que ese requisito «*garantiza la existencia de condiciones estables*» de conformidad con el artículo 10.1 TCE [§616]. Por su parte, en *Novenergía II* se admitió que el inversor tenía una «*expectativa legítima y razonable de que no habría ningún cambio radical o fundamental en el régimen especial establecido*» y se concluyó que los cambios introducidos fueron «*radicales o inesperados*» al transformar completamente el mismo. Consiguientemente, es a través de un concepto jurídico indeterminado como se refuerza la seguridad jurídica para el inversor.

c) Finalmente, a propósito del margen de apreciación reconocido al Estado a la hora de componer los distintos intereses en juego, se admite lógicamente un alto grado de deferencia para establecer el régimen regulatorio. Sin embargo, también aquí se fija el límite en la entidad de la modificación del mismo. Es el caso de *Nextera*, en el que se entiende justificado que la sucesión de cambios producidos en el régimen implicaba un «*cambio fundamental y radical*» y, por tanto, se habían desconocido las expectativas legítimas del inversor.

La proyección de cuanto antecede al concepto de legítima expectativa permite concluir que el estándar de protección del trato justo y equitativo que prevé el artículo 10.1 TCE no se opone a la modificación normativa que justificó el que se materializara la inversión. Ahora bien, ello será así siempre que tal cambio regulatorio no pueda reputarse irrazonable, desproporcionado, amén de contrario al interés público. Los cambios tampoco pueden privar de forma imprevisible de las características esenciales del régimen de aplicación.

Sobre tal base, en los supuestos en los que España ha sido demandada (lo que es extensible a otros países europeos en la misma situación), puede el Estado esgrimir el déficit tarifario como justificación de la modificación producida. Ante esa afectación del orden e interés público es factible el cambio. Actuará entonces de contrapeso el que el operador económico no se vea privado de forma inequitativa e irrazonable de la inversión.

En última instancia y sin perjuicio de que pudiera producirse un compromiso específico de no modificar la regulación<sup>330</sup>, puede afirmarse que los instrumentos internacionales de protección de inversores no privan al Estado de la posibilidad de regular. La protección que el TCE dispensa se endereza exclusivamente a que de ello no se derive un cambio sustancial en el régimen jurídico o una afectación esencial del interés del inversor.

---

<sup>330</sup> Pues ello implicaría que se antepondría en su aplicación el principio de *estoppel*, reconocido no solo en el *Common Law* sino en la mayor parte de las tradiciones jurídicas como la doctrina de no actuar en contra de los propios actos.

No ha entrado en juego en la construcción descrita el riesgo regulatorio. La razón es simple. Éste ha permitido avalar dentro de nuestras fronteras todo tipo de modificación. Se prescinde para ello de su intensidad o de la afectación que al inversor produce, notas que, como acaba de exponerse, sí son tenidas en cuenta por los órganos arbitrales. Y es que el hacer frente al déficit tarifario o a la sobredimensión del sistema podría requerir de una modificación de la normativa y ésta habría de ser razonable, proporcionada y ajustada al interés público perseguido. El riesgo regulatorio existe pero también los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por un lado o el compromiso internacional de conceder un trato justo y equitativo por otro. Lo que no parece coherente es una protección que difiera decisivamente en función de la nacionalidad del inversor. Tal consecuencia, discriminatoria y contraria al artículo 18 TFUE<sup>331</sup>, es a la que abocan los diferentes parámetros que son empleados.

## **12. La relación entre el trato justo y equitativo y el de Nación mas favorecida.**

Lo hasta ahora expuesto parte de una premisa como es la del reconocimiento del principio del trato y justificativo en un instrumento internacional de protección de inversiones. Sin embargo, ¿qué sucede si ese principio no está expresamente reconocido? ¿cabe dispensar la protección que a través del mismo se articula a través de la cláusula de Nación mas favorecida?

El trato de Nación más favorecida se traduce en el derecho del inversor o de las inversiones de un Estado Parte de que por el Estado huésped no se le otorgue un trato menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a otros inversores o inversiones de países que no sean Parte<sup>332</sup>. Más allá de que se haya situado su origen remoto en los acuerdos comerciales celebrados en la Edad Media<sup>333</sup>, la cláusula se erigió en un pilar básico de los esfuerzos posteriores a la Segunda Guerra Mundial para establecer un sistema de garantías contra la discriminación comercial, primero en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y luego en la Organización Mundial del Comercio.

---

<sup>331</sup> Conforme al cual se proscribe la discriminación por razón de la nacionalidad.

<sup>332</sup> El artículo 1.103 NAFTA lo refiere al «*establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones*».

<sup>333</sup> A este respecto, vid. Naciones Unidas, International Law Commission, «*First Report on the Most-Favored Nation Clause*» (pags. 157 y ss.).

En tal sentido, apunta KURTZ a que es en la edad de oro del liberalismo económico europeo de mediados del siglo XIX cuando la utilidad de la cláusula se pone de manifiesto<sup>334</sup>. Y es que entre los años 1860 y 1914 se comenzó a generalizar su utilización en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación entre potencias europeas. Su objeto era el de reducir los tipos arancelarios en el comercio de mercancías. Sin embargo, el hecho de que tales Tratados tuvieran una duración ordinaria de unos diez años provocaba que, en el período anterior a la Primera Guerra Mundial, se hicieran precisas constantes e individuales negociaciones. En tal contexto, los países se negarían a firmar estos acuerdos bilaterales a menos que el valor comercial de sus reducciones arancelarias estuviera protegido por una obligación incondicional de Nación más favorecida que garantizara que cualquier concesión posterior sobre estos productos también se les concediera sin más. Con la crisis de 1929 se abrió el paso a una política proteccionista y a un aumento generalizado de aranceles cuyo impacto en la actividad económica evidenció la necesidad de evitar la discriminación. Tras la Segunda Guerra Mundial, el trato de favor pasó a desempeñar una función correctiva fundamental en los esfuerzos internacionales por reconstruir la economía mundial y acabó plasmándose tanto en el GATT<sup>335</sup> como en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS). Ambos se enderezan a la liberalización del comercio, siendo así que mientras que el primero se refiere a las mercancías, el segundo hace lo propio con los servicios. En los dos instrumentos se trata de evitar el proteccionismo a la hora de aplicar impuestos y reglamentos interiores y, con ello, garantizar que las medidas internas que se adopten por los Estados Parte no se apliquen a productos importados o nacionales de manera que se proteja en mayor medida la producción nacional<sup>336</sup>.

En particular, el artículo III.1 del GAT dispone que *«las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores [...] no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional»*. Asimismo, el apartado 2º del propio artículo III indica que *«ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1»*. Y el artículo III.4 señala que *«los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que*

---

<sup>334</sup> KURTZ, J., «*The MFN standard and the Foreign Investment: An uneasy fit?*», The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nº 6 (2004), pág. 863-865.

<sup>335</sup> Su funcionamiento es responsabilidad del Consejo del Comercio de Mercancías, integrado, a su vez, por representantes de todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

<sup>336</sup> Adviértase que el mecanismo parece opuesto al principio de preferencia comunitaria que rige en el ámbito de la Unión y, fundamentalmente, en lo que hace a la política agraria. No en vano este se basa en el establecimiento de una preferencia natural en los intercambios entre Estados miembros.

*afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior».*

En lo que se refiere al AGCS, el artículo XVII.1 prevé que *«en los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares».*

En el seno de la OMC se instituye un Órgano de Solución de Diferencias, encargado de establecer grupos especiales de solución de diferencias, someter los asuntos a arbitraje, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Lo singular del sistema que instituye la OMC es que solo cabe el planteamiento de diferencias entre Estados Parte y no entre inversores y Estados. En el desarrollo de esa labor se persigue fundamentalmente clarificar las disposiciones de los acuerdos de la OMC y, para ello, se aplican fundamentalmente los principios interpretación de la Convención de Viena, atendiendo fundamentalmente al sentido ordinario de los términos empleados. En ese contexto, se ha desarrollado, por ejemplo, la jurisprudencia del GATT en torno al Trato Nacional, centrándose la misma en precisar nociones esenciales como la de qué debe entenderse por *«similares»* cuando de servicios se trata.

De forma paralela a lo expuesto respecto de la cláusula de Nación más favorecida y el GATT, su papel aparece mas limitado en el ámbito de los tratados de inversión posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La preocupación de los Estados se residenciaba aquí en la necesidad de proteger a sus nacionales contra comportamientos expropiatorios de otros Estados. De esta forma, la protección de las inversiones a través de la indemnización por expropiación o el trato justo y equitativo a través de los TBI se convirtió en el objetivo principal de los Estados desarrollados por encima de la liberalización de las restricciones a la inversión.

Sentado lo anterior, debe advertirse que la referencia al trato debe entenderse efectuada no solo en lo sustantivo sino también en lo procedimental. Ejemplo de ello se encuentra en el asunto *Maffezini v. Spain*<sup>337</sup>, en el que se admitió la alegación del demandante de acuerdo con la cual no cabía exigirle el agotamiento de recursos previstos en el Derecho interno por cuanto los TBIs suscritos entre España y otros países eximían de tal exigencia procesal.

---

<sup>337</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case N° ARB/97/7.

Es una idea extendida la de que el trato justo y equitativo no constituye Derecho internacional consuetudinario<sup>338</sup>. Ello supone que para que opere se requiere su reconocimiento expreso. Ahora bien, también cabe admitir que, en cuanto derecho sustantivo, el trato justo y equitativo pueda demandarse en virtud de la cláusula de Nación mas favorecida posibilitando de esta manera al inversor beneficiarse de ese mejor trato.

La cuestión no es baladí. El artículo 31 de la Convención de Viena exige del intérprete el examen «*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*» (apartado 1º). En consecuencia, si la cláusula de Nación mas favorecida se plantea sin restricción (como es el caso del artículo 1.103 NAFTA), nada debe obstar a que el inversor encuentre amparo en la misma para mejorar la protección sustantiva que le corresponde y, dentro de la misma, el trato justo y equitativo contenido en otro Tratado que hubiere celebrado el Estado huésped de la inversión.

### **13. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador como mecanismo de corrección<sup>339</sup>.**

Encajado en el Capítulo IV de la LRJSP y bajo la rúbrica «*De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*», el artículo 32 establece los principios de la misma configurando la responsabilidad del Estado legislador en sus apartados 3º a 6º con el complemento que representa la previsión relativa a la indemnizabilidad de los daños con sujeción a determinados límites temporales del artículo 34.1 2º.

Frente a la parquedad de una regulación precedente (constreñida al artículo 139.3 LRJPAC) que había propiciado que el desarrollo de la misma se efectuase a través de la doctrina legal, se distingue la responsabilidad del Estado legislador derivada de «*la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos*» (que implica la reproducción del mentado precepto de la LRJPAC), la dimanante de «*la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional*» y la que es consecuencia de la aplicación «*de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea*» (artículo 32.3 LRJSP).

---

<sup>338</sup> En tal sentido, puede citarse a DUMBERRY, P., «*The importation of the FET standard through MFN clauses: an empirical study of BITs*», ICSID Review, Vol. 32, Nº 1 (2017), pág. 119.

<sup>339</sup> Relacionado con las cuestiones abordadas en este apartado fue objeto de publicación el siguiente artículo: IRANZO CERREZO, J.D., «*La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*», Revista Española de Derecho Administrativo, (205), abril - junio 2020, págs. 201-226.

Sugieren BARNÉS VÁZQUEZ y PÉREZ DE AYALA BECERRIL<sup>340</sup> que, aunque tenga sentido «abordar la institución de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos desde una posición de máxima prudencia» (toda vez que el extender desmesuradamente las consecuencias patrimoniales para el Estado del contenido de las leyes podría acabar convirtiéndose en un límite injustificado), ello no debe «llevar a una posición tal que en la práctica desaparezca la institución».

En todo caso, se trata ésta de una cuestión sobre la que se ha producido una notable evolución doctrinal dentro y fuera de nuestras fronteras. En tal sentido, resulta revelador el recorrido que efectúa SANTAMARÍA PASTOR en torno a la responsabilidad del Estado legislador (alude con ello al «Estado providencial») en países como Francia, Alemania e Italia<sup>341</sup>. En particular, en lo que se refiere a Francia, se pone de manifiesto una progresiva flexibilización en el *Conseil d'Etat* en la década de los 60 a la hora de admitir este tipo de responsabilidad y como el mismo habría venido siendo sin duda influenciado por las críticas doctrinales. De esta forma, gracias a arrêts tales como *La Fleurette*, *Bovero*, *Commune de Gavarnie* o *Compagnie général d'énergie radioélectrique* se estaría ya afirmando el régimen de responsabilidad del Estado en el ordenamiento administrativo francés «*du fait des lois*». En su consecuencia, se abandonaba así el principio de inmunidad del soberano y se potenciaba el de cobertura patrimonial del ciudadano, prescindiéndose a tal fin de la letra de la ley y acudiéndose a los principios generales del derecho, «*fuerza última de toda decisión judicial*».

Ya dentro de nuestra doctrina, GARCÍA DE ENTERRÍA se opuso de forma vehemente a la responsabilidad patrimonial «*por Leyes formales*» en el entendimiento de que «*el principio de protección de la confianza ni en el Derecho alemán, donde surge, ni en el Derecho español, tras su explícita recepción, ha determinado nunca en la jurisprudencia constitucional*» tal cosa<sup>342</sup>. Cuestión distinta, observaba, era lo que sucedía en la doctrina de la Sala Tercera.

La tesis del reconocido jurista cántabro partía de considerar que sólo si el principio de protección de la confianza legítima tuviese rango constitucional podría invocarse su infracción como causa de responsabilidad del legislador. No considerando que ello fuese así, postulaba la

---

<sup>340</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., «*Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 192.

<sup>341</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «*La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*», *Revista de Administración Pública*, (68), mayo - agosto 1972, págs. 57-136.

<sup>342</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «*El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*», *Revista de Administración Pública*, (159), septiembre - diciembre 2002, pág. 180

necesaria libertad del legislador para acomodar el Derecho a las circunstancias cambiantes, rechazando la «petrificación» del mismo.

En una línea muy similar, BACIGALUPO SAGGESE<sup>343</sup>, si bien es cierto que bajo la regulación contenida en la LRJPAC, excluía categóricamente la responsabilidad patrimonial del legislador «a la hora de corregir leyes contrarias a principio de confianza legítima» a la vista de que era el legislador el que precisamente había de habilitarla («cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos»). Y es que desconocer tal límite «en sede jurisdiccional, constitucional u ordinaria» supondría «algo más que una insubordinación a la ley (vedada al juez ordinario)», ignorando el «margen de configuración del legislador». Huelga decir que con la nueva regulación de la institución en la LRJSP tal afirmación podría ser, al menos, matizada. No en vano la responsabilidad patrimonial del Estado legislador aparece dotada de sustantividad propia y sin necesidad de estar en cada caso al reconocimiento por el acto legislativo que la habilitase.

### **13.1 La operatividad de la responsabilidad patrimonial en la sucesión de normas.**

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador no deja de ser una variante de la responsabilidad patrimonial y, por tanto, requiere como premisa para su exigencia la causación de un daño antijurídico que el interesado no tiene la obligación de soportar. El problema que de entrada se suscita pasa por el hecho de que si no se ha lesionado la confianza legítima y la seguridad jurídica el daño no podría tenerse por antijurídico.

En efecto, sin perder de vista el ejemplo del conflicto abierto en materia de energías renovables, el daño irrogado a los titulares de las instalaciones solo podrá calificarse como tal y, consiguientemente, indemnizable, si la modificación operada implica que las instalaciones no son razonablemente rentables. Está en la lógica de las cosas que la forma en la que se dilucide este último aspecto determinará una mayor o menor prosperabilidad de las pretensiones indemnizatorias. Sucede que en este punto la Sala Tercera descarta estar en presencia de una «fundada esperanza de lo que era razonable y coherente esperar» toda vez que el sistema eléctrico ha sido «objeto de sucesivas reformas, a modo de ajustes, modulaciones, cambios normativos de mayor o menor intensidad y calado, pero que tienen como común denominador el intento de equilibrar el sistema»<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., op. cit. 175, pág. 135.

<sup>344</sup> A este respecto, entre otras, Sentencia (Sección 5ª) N° 817/2019, de 13 de junio (rec. 681/2017) [FF.DD. 4º y 5º].

Cabría en todo caso distinguir entre dos planos: aquellos supuestos en los que no ha mediado la declaración de inconstitucionalidad de una norma y aquellos otros en los que ésta sí se ha producido.

Mas allá de las críticas doctrinales que han sido expuestas, es lo cierto que la regulación que en materia de responsabilidad patrimonial rige en nuestro ordenamiento jurídico no exige que la ley haya resultado invalidada. A tal efecto, el artículo 32.3 LRJSP reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de *«toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar»*. Eso sí, lo anterior aparece supeditado a que el propio acto legislativo así lo establezca y a que tal reconocimiento del derecho se reconduzca a los términos que en el mismo se especifiquen.

Una suerte de posición intermedia es la que postulan BARNÉS VÁZQUEZ y PÉREZ DE AYALA BECERRIL cuando ponen el foco en la *«individualización del perjuicio»*, de forma tal que la ley válida *«sólo puede generar un daño lesivo a aquéllos particulares que gocen de un status particular, sea de hecho o de derecho, que les permita invocar esa “especial intensidad” que los tribunales requieren»*<sup>345</sup>. Así las cosas, solo los que resultasen *«particularmente afectados»* por la ley podrían exigir responsabilidad aun cuando la norma no fuere cuestionada. Sin embargo, para el conjunto de los destinatarios ello no resultaría factible.

Por su parte, en lo que hace a las leyes que se invalidaran a través de proceso de inconstitucionalidad, al requisito de partida que se ha indicado (la preceptiva generación de un daño antijurídico) ha de añadirse una importante limitación como es la de la pérdida de objeto por modificación normativa en los procesos de declaración de inconstitucionalidad<sup>346</sup>. Y es que merced al control directo y abstracto que a través de los mismos se articula, la derogación de la norma objeto del mismo determina la desaparición sobrevenida de su objeto. Es cierto que tal regla general puede ser matizada en supuestos tales como cuando la ley siga desplegando efectos de forma ultractiva o, especialmente, en los procesos constitucionales con contenido competencial, en los que para que se aprecie una eventual pérdida de su objeto no basta con la extinción de la norma concretamente impugnada, *«siendo necesario ponderar hasta qué punto dicha extinción conlleva la desaparición de la controversia competencial traída al proceso»* [por todas, STC 275/2000, de 16 de noviembre (F.J. 2º)]. En definitiva, la apreciación

<sup>345</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., op. cit., pág. 213.

<sup>346</sup> Sobre tal particular, vid. DESDENTADO DAROCA, E. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *«El problema de la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial»*, Revista Española de Derecho Constitucional, (102), septiembre - diciembre 2014, págs. 317-352.

de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y «no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos» [STC 190/2000, de 13 de julio (F.J. 2º)].

En todo caso, baste citar como un supuesto en el que se ha apreciado la pérdida sobrevenida de objeto del recurso de inconstitucionalidad en materia de medidas para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico la STC 96/2014, de 12 de junio. En la misma se conocía del recurso de inconstitucionalidad formulado contra determinadas disposiciones del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Se considera para ello que las reformas que se sucedieron en los años 2012 y 2013 hicieron que perdieran su vigencia las dos normas que permitían a las empresas fotovoltaicas acogerse al régimen retributivo primado en función de su fecha de inscripción. La consecuencia es que aquellas entidades que pudieron verse perjudicadas por el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, no alcanzaron a obtener un pronunciamiento sobre su constitucionalidad por cuanto, para cuando ello se iba a producir, su contenido había sido derogado por normas anteriores. Los efectos desplegados durante su vigencia subsistían pese a lo cual, al no haberse declarado su invalidez, difícilmente podría alcanzar éxito una acción de responsabilidad patrimonial.

A cuanto antecede debe añadirse que, aun cuando el Tribunal Constitucional llegue a pronunciarse sobre la validez de la norma y la declare inconstitucional, éste aparece facultado, en virtud de la denominada doctrina prospectiva, para limitar los efectos de la Sentencia de manera que estos solo se produzcan «*ex tunc*».

Las limitaciones que se han reseñado permiten sin dificultad concluir la existencia de un estrecho margen para que la responsabilidad patrimonial opere como mecanismo de corrección de los perjuicios irrogados por la sucesión de normas. Al margen de los criterios estrictos a la hora de concebir el carácter antijurídico de los daños, los supuestos en los que se precise de la declaración de invalidez de la ley pueden verse considerablemente disminuidos ya por la desaparición sobrevenida del objeto del proceso constitucionalidad (derivado precisamente de la sucesión de normas), ya por el acotamiento de los efectos que en pos de la seguridad jurídica el propio Tribunal Constitucional establezca para el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

### **13.2 La restrictiva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador establecida por el legislador de 2015. Su examen por el Tribunal de Justicia.**

Como seguidamente se verá, los condicionantes expuestos no son los únicos. La nueva regulación que se establece a propósito de la responsabilidad del Estado legislador requiere, en lo que ahora interesa, que la lesión sea consecuencia ya de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, ya de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. Asimismo, en ambos casos, el particular habrá de haber obtenido, en cualquier instancia, Sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. En el caso de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, además, habrá de tratarse de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares<sup>347</sup>.

Resulta evidente que el propósito del legislador se ha enderezado a restringir de forma notable la vía de acceso a su responsabilidad patrimonial. Lo ha hecho introduciendo una serie de requisitos acumulativos que hacen presagiar que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización del daño causado por el Estado legislador.

Ello se tradujo en un procedimiento de infracción, iniciado el 14 de junio de 2017 y en cuyo curso se emitió por la Comisión Dictamen motivado el 26 de enero de 2018 en el que se advertía que la regulación de la LRJSP suponía, de un lado, establecer condiciones menos favorables para la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión que la que deriva de la contravención de la Constitución (principio de equivalencia). De otro, implicaba articular un mecanismo que dificultaba excesivamente exigir la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario (principio de efectividad). Tras las alegaciones al Dictamen por el Reino de España, primero el 26 de marzo de 2018 y, de forma complementaria, el 21 de diciembre de 2018, finalmente la Comisión interpuso recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia mediante demanda de 24 de junio de 2020 en la que se solicitaba que, al adoptar y mantener en vigor los artículos 32.3 a 6 y 34.1 2º LRJSP así como el artículo 67.1 3º LPACAP, España habría incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de efectividad y de equivalencia<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Artículo 32.4 y 5 LRJSP.

<sup>348</sup> Asunto *Comisión Europea c. Reino de España* (C-278/20)

A la reciente decisión del Tribunal de Justicia precedieron las muy reveladoras conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas el 9 de diciembre de 2021 y en las que se coincidía en lo sustancial con el planteamiento que efectúa la Comisión.

Es cierto que se descartaba la afectación del principio de equivalencia por el hecho de que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir la Constitución no esté sujeta a la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares, a diferencia de lo que ocurre con la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir el Derecho de la Unión. Ello en tanto que se concluye que tal principio no se aplica en ese supuesto al considerar que los tres requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 32.5 LRJSP en realidad *«entran en juego en una fase anterior a la de la problemática de la efectividad y equivalencia de los requisitos establecidos en el Derecho nacional, que únicamente pretenden regular el ejercicio de ese derecho»* [§121 y 124]. De esta forma, es el Derecho nacional el que regula las modalidades de ejercicio del derecho a indemnización, tanto procesales como sustantivas, así como su contenido y ello sin perjuicio del respeto a los mentados principios. De esta forma, se afirmaba que el principio de equivalencia *«solo es pertinente una vez que ha nacido el derecho a indemnización»* conforme a los requisitos que establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que precisamente reproduce el artículo 32.5 LRJSP. Sin embargo, tal principio *«no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho de indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»* [§122].

Ahora bien, sí que se consideraba que España había incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros cuando establecen las condiciones que rigen su responsabilidad por daños causados a los particulares por infringir el Derecho de la Unión. Ello en relación con las exigencias contenidas en el artículo 32.5 LRJSP que a continuación siguen y en el entendimiento de que harían en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización de un daño causado por el Estado legislador:

-En primer lugar, que se precise la existencia previa de una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare el acto legislativo incompatible con el Derecho de la Unión. Esto es, no cabe supeditar la reparación del daño causado por la infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro a la previa declaración de la existencia de un incumplimiento al mismo imputable con tampoco a que una Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia declare con carácter prejudicial la existencia de tal infracción [§71].

*VI. La inviable proyección de la doctrina del riesgo regulatorio en el ámbito del Derecho internacional transnacional*

-En segundo término, la preceptiva existencia de una Sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. Se admite que la persona perjudicada *«debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola»* [§81]. Ahora bien, el artículo 32.5 LRJSP no establece excepción al requisito en cuestión, *«ni siquiera para el caso de que no exista un acto de este tipo al ser la propia ley la causa directa del daño»*. Se colige así que no cabe exigir al particular la interposición de un recurso contra un acto inexistente para poder demandar la responsabilidad del Estado legislador sobre la base de esa disposición [§88].

-En tercer lugar, que se haya alegado por el perjudicado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el marco del recurso interpuesto contra el acto administrativo que ha causado el daño. Se subraya a este respecto que constituye *«una carga que vaya más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar»* de los perjudicados [§101]. Ello en la medida en que estos no pueden perder su derecho a la indemnización solo por el hecho de no haber identificado la disposición del Derecho de la Unión infringida, *«habida cuenta de que corresponde en primer lugar a este garantizar la conformidad de su Derecho con el Derecho de la Unión y al juez nacional aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión»* [§102].

-Finalmente, también se reputa contrario al principio de efectividad el establecimiento de un plazo de prescripción y limitación de los daños indemnizables con arreglo al artículo 32.5 LRJSP, en relación con el artículo 67.1 3º LAPCAP. Ello en tanto se vincula precisamente con la necesaria existencia, también contraria al principio de efectividad, de una resolución previa del Tribunal de Justicia que declare que las disposiciones del Derecho nacional son contrarias al Derecho de la Unión para poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Pues bien, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en su Sentencia de 28 de junio de 2022 (C-278-20) ha declarado finalmente el incumplimiento por parte del Reino de España de las *«obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar y mantener en vigor»* los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo 2º LRJSP así como el artículo 67.1 3º LPACAP. Ello en la medida en que *«dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión:*

*-Al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada.*

*-Al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile.*

*-A un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia.*

*-Y al requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa».*

Para concluir que tal quiebra del principio de efectividad tiene lugar [repárese en que se descarta que se produzca la vulneración del principio de equivalencia (§176 a 185)] distingue los siguientes aspectos:

a) En primer término, la imposibilidad de supeditar la indemnización a la previa existencia de un pronunciamiento previo por parte del TJUE en el que de forma específica se declare la infracción del Derecho de la Unión o a que la reparación del daño derivado de la infracción en cuestión haya de quedar subordinada al requisito de una Sentencia dictada con carácter prejudicial por el TJUE en la que se constate tal infracción [§ 104].

b) En segundo término, el que no puede demandarse del particular el que previamente haya de acudir a la vía judicial y obtener Sentencia desestimatoria firme. Señala de entrada que el Derecho de la Unión no se opone a la aplicación de una norma nacional que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, si bien subraya que ello «*solo es posible siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial no ocasione dificultades excesivas al perjudicado o cuando pueda razonablemente exigirse a este dicho ejercicio*» [§ 124].

Admite que mediante la impugnación en tiempo oportuno de la actuación administrativa que ocasiona el daño el particular afectado «*puede, en principio, evitar que se produzca el perjuicio o, al menos, reducir su magnitud*» [§ 125]. Ahora bien, cuando el daño deriva de un

acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar, la exigencia del artículo 32.5 LRJSP «*hace imposible obtener una indemnización, ya que el particular perjudicado no puede, en tal caso, interponer ante un órgano jurisdiccional un recurso como el requerido*» [§ 127]. Así las cosas, descarta que el particular perjudicado que se encuentre en tal situación «*esté obligado, mediante un comportamiento activo, a provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación, ya que no cabría considerar en ningún caso que tal acto hubiese causado el daño alegado*» [§ 127]. La consecuencia de todo ello es que el artículo 32.5 LRJSP es contrario al principio de efectividad desde el momento en que «*no prevé una excepción para los supuestos en los que el ejercicio de la acción que dicha disposición impone ocasione dificultades excesivas o no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada, lo que ocurriría cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa impugnabile*» [§ 128].

c) Finalmente, apunta a la necesidad de que la reparación por los daños producidos resulte íntegra. A lo anterior se opondría el artículo 34.1 2º LRJSP al establecer que los daños ocasionados por el legislador a particulares como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión solo son indemnizables si se han producido en los cinco años anteriores a la fecha de publicación de una Sentencia del TJUE que declare un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Reino de España o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión del legislador origen de esos daños. Concluye que lo anterior implica el establecimiento de «*trabas a que los particulares perjudicados*» para que tal reparación sea adecuada a su perjuicio [§ 165].

Este requisito también resulta contrario al principio de efectividad toda vez que «*tiene como efecto -teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del artículo 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFU- hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización*». A ello se añade el que la duración del procedimiento se ve incrementada con la aplicación del artículo 32.5 LRJSP, al que se remite el artículo 34.1, en tanto que exige Sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa que ocasionó el daño [§ 166].

Sobre tales premisas, están aún por ver cuáles son las consecuencias del incumplimiento declarado. Ello tanto desde la perspectiva de la lógica y necesaria reforma legal a la que en todo caso aboca como en lo concerniente a las acciones que se puedan actuar en relación con aquellas reclamaciones que se vieron frustradas por el excesivo rigor de los requisitos a los que se supeditaban y que ahora han sido declarados contrarios al principio de efectividad.

### **13.3 La ausencia de un control de constitucionalidad a propósito de la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.**

Es cierto que la Sala Tercera se ha esforzado en fecha reciente por atemperar la rigidez a la que el legislador del 2015 ha sometido a la responsabilidad patrimonial derivada de su actividad normativa. En tal sentido, puede citarse la senda iniciada por la Sentencia (Sección 5ª) Nº 1158/2020, de 14 de septiembre (rec. 2486/2019), en la que se admite prescindir de la previa interposición del recurso contra el acto de aplicación de la norma generador del daño y, en su lugar, acudir a la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho con una sola exigencia, esto es, el que se produzca «antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma» [F.D. 2º].

Asimismo, en cuanto al límite temporal del artículo 34.1 LRJSP (que contempla que solo cabe indemnizar los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la Sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que ésta disponga otra cosa), se acepta la interrupción de su cómputo cuando el acto administrativo causante del daño sea objeto de recurso o de acción de nulidad. Tal interrupción -se precisa- habrá de extenderse hasta el momento en que se dicte la correspondiente resolución judicial firme.

Sin embargo, la Sala Tercera no acogió la posibilidad que tenía de plantear la a todas luces pertinente cuestión de inconstitucionalidad de la norma. No lo hizo pese a que las partes lo habían interesado y aun siendo ya entonces conocedora de que por la Comisión se había promovido recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia con base en lo expuesto.

En la comparecencia celebrada el 8 de septiembre de 2020 ante la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial para la provisión de la Presidencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, D. César Tolosa Tribiño, tuvo la ocasión de responder precisamente a la pregunta que uno de los Vocales le efectuó en relación con el mentado recurso de incumplimiento. En concreto, ésta consistió en cuestionar si el Tribunal Supremo «¿está en condiciones de aplicar esta normativa mientras no se pronuncie el Tribunal de Justicia?»<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> La comparecencia se encuentra disponible en: [https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=d2effc5a33774710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es\\_ES](https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=d2effc5a33774710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES). En lo que ahora interesa, resulta de interés a partir del 1:07:30 [Última visita: 31/7/2022].

El candidato que a la sazón resultó elegido Presidente afirmó que la Sala Tercera era «plenamente consciente de esta realidad». Anunció también que se había dado precisamente traslado a las partes sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad «frente a la nueva regulación de la Ley 40/2015 en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión». Anticipó por ello que podía producirse un «fenómeno» no «tan sumamente extraño» como es el que coincidieran en el tiempo un «juicio de constitucionalidad» con el de «conformidad con el Derecho de la Unión», doble control cuya posibilidad ya habría sido avalado por el Tribunal de Justicia en el pasado. En todo caso, sostuvo que la mejor solución que podía adoptar la Sala era la «prudencia», esto es, que «la resolución de este tipo de asuntos» esperase a la decisión que se adoptase por el Tribunal de Justicia. Observó en todo caso que «los tiempos de la Comisión no son los de los Tribunales nacionales» y de ahí que el «Tribunal Supremo se haya adelantado».

Sin embargo, la Sala Tercera no planteó finalmente cuestión de inconstitucionalidad. Lógicamente, no puede predecirse que no lo haga en el futuro (por ejemplo, cuando se pronuncie el Tribunal de Justicia a propósito del citado recurso por incumplimiento). Ahora bien, no es la primera vez que se desaprovecha una posibilidad de anticiparse verdaderamente y no conformarse con la aplicación de una normativa que suscitó dudas desde su aprobación.

Repárese que ya la propia Sala Tercera (Sección 4ª), en sendas Sentencias de 22 de septiembre de 2014 (rec. 390/2012 y 394/2012), descartó el planteamiento de cuestión prejudicial cuya conveniencia ella misma había suscitado. El contexto en el que tal circunstancia se produjo vino dado por la desestimación por el Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados del incumplimiento por el Estado español del Derecho de la Unión Europea declarado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (C-487/2008). Ello en tanto que se había supeditado la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tuviesen en el capital de las sociedades distribuidoras de dividendos mayor porcentaje de participación en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el de las residentes en España.

En la práctica, se trataba de discernir si los principios de equivalencia y efectividad regían no solo para los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial sino también para los de carácter sustantivo. Acogiendo básicamente el planteamiento de la Abogacía del Estado (que, en síntesis, sostenía que no operaba el principio de equivalencia toda vez que no existe doctrina ni de la Sala ni del Tribunal Constitucional respecto a la responsabilidad del Estado legislador por omisión), se concluyó que no entraban en juego los mentados principios al no concurrir una «auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley

*por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» [F.D. 4°].*

Así pues, en lugar de atender a la naturaleza de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial actuadas [respecto de la que la Sentencia «*Transportes Urbanos*» (C-118/08) sentó «*que tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado*» (§ 36)], se estuvo a los procedimientos en los que se declara que la norma cuya aplicación depara la lesión resulta contraria a la Constitución o al Derecho de la Unión. Huelga decir que la evolución de la cuestión evidencia que lo fundamental para verificar el respeto a los principios de equivalencia y efectividad pasa por atender a la naturaleza de tal responsabilidad y de las acciones indemnizatorias actuadas, habiéndose de prescindir de la búsqueda de diferencias entre los procesos en los que se declara la contradicción con la Constitución o el Derecho de la Unión.

#### **14. El asunto *Micula*: un ilustrativo precedente del conflicto normativo que subyace en la ejecución de laudos contrarios al régimen de ayudas de Estado.**

De lo que viene exponiéndose se deriva que el estándar del trato justo y equitativo no solo se articula de forma diferente en los tratados de inversión (singularmente, en el artículo 10.1 TCE), sino que, además, está abierto a una amplia casuística en su interpretación por los órganos arbitrales. En su raíz se encuentra precisamente la búsqueda de una protección frente a los abusos o arbitrariedades de los Estados anfitriones, tratando de propiciar un tratamiento privilegiado y al margen del que reciben otros inversores extranjeros u operadores domésticos<sup>350</sup>. Paradójicamente, la deseable equiparación de los regímenes laminaría la finalidad a la que se adscriben los instrumentos internacionales que buscan reforzar la confianza inversora.

Ahora bien, en esa dualidad de regímenes se encuentra precisamente la raíz del conflicto normativo que en los próximos apartados se desarrollará y que representa un claro exponente de la imposibilidad de cumplir simultáneamente dos normas que arrastran a resultados antagónicos. De una parte, el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea en tanto que opuesto al otorgamiento de ventajas económicas selectivas e imputables a los Estados miembros, al ser incompatibles con el mercado interior. De otra, la obligación de ejecutar los laudos producto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales y, en particular, en el TCE.

---

<sup>350</sup> SELIVANOVA, Y. S., «*Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases*», ICSID Review, Vol. 33, N° 2 (2018), págs. 433-455.

En efecto, las Decisiones de la Comisión son vinculantes y han de prevalecer sobre el Derecho nacional. Al mismo tiempo, el artículo 54.1 del Convenio CIADI demanda de los Estados que lo suscribieron la obligación de ejecutar sus laudos automáticamente. No obstante, el artículo 351 TFUE excluye la afectación por las disposiciones de los Tratados a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados por los Estados «con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra». No en vano el artículo 26 del Convenio de Viena establece que «todo Tratado en vigor obliga a la partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Sucede que parece dejar fuera de tal exclusión a los Tratados entre Estados miembros y, al respecto, no debe perderse de vista que el artículo 344 TFUE plasma el compromiso de los Estados miembros de someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

En escenario de conflicto se insertan los laudos multimillonarios que se vienen sucediendo contra España por la supresión de incentivos a las energías renovables, batalla judicial y arbitral que aún se libra y que presenta multitud de frentes abiertos a lo largo de todo el planeta. Sin embargo, no se trata de una problemática inédita sino que tiene en el asunto *Micula* un decisivo precedente, cuyas consecuencias también están aún por dilucidar y cuyo análisis se lleva a cabo a continuación<sup>351</sup>.

#### 14.1 Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del Este.

A comienzos de los años 90 del siglo pasado las regiones mineras de Europa oriental hubieron de enfrentar los problemas derivados de los cierres industriales masivos, con el consiguiente incremento exponencial del desempleo y una drástica disminución del nivel de vida. Ello se hizo especialmente acuciante en países como Rumanía al coincidir con la transición desde una economía centralizada a otra de mercado. El cierre de buena parte de las unidades de minería intensiva causó un caos financiero de forma especial a partir de 1997 debido a la presión de los organismos internacionales y a la disminución de la demanda de productos mineros en el mercado interno<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Al respecto, en la doctrina italiana, vid. BATTINI, S., «Diritto amministrativo e “entanglement” globale (Simposio: Il “caso Micula”)», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N° 2 (2017), págs. 325-341; MACCHIA, M., «Il labirinto amministrativo tra discrezionalità e regole», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N° 2 (2017), págs. 343-353; y DE BELLIS, M., «Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N° 2 (2017), págs. 355-369.

<sup>352</sup> Sobre tal particular, vid. MORAR, C., «Several social impacts of mine closures in the disadvantaged areas of Bihor County, Romania», *Forum geografic. Studii și cercetări de geografie și protecția mediului*, Vol. 10, N° 2 (2011), págs. 303-311.

Con el fin de incentivar la inversión en regiones desfavorecidas se dictó por las autoridades rumanas el Decreto de Urgencia N° 24/1998, de 2 de octubre, que establecía la exención del pago de los derechos de aduana y del Impuesto sobre el Valor Añadido. El 25 de marzo de 1999, con efectos desde el 1 de abril de 1999, el Gobierno designó a la cuenca minera de Ştei-Nucet (departamento de Bihor) región desfavorecida durante diez años.

Los hermanos Ioan y Viorel Micula, ciudadanos suecos con residencia en Rumanía y participando a través de una serie de empresas, resultaron beneficiarios de tales incentivos por inversiones realizadas en materia de producción de alimentos y bebidas en la citada región<sup>353</sup>.

Sin embargo, paralelamente, Rumanía se encontraba inmersa en el proceso de adhesión a la Unión Europea<sup>354</sup>. Algunos de los citados incentivos fueron declarados ayudas de Estado por el Consejo de Competencia en el año 2000, siendo suprimidos el 22 de febrero de 2005. El 1 de enero de 2007 se produjo la adhesión de Rumanía a la Unión.

#### **14.2 La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje.**

La legalidad de la retirada de los beneficios fiscales no fue examinada por los Tribunales rumanos sino que sus consecuencias jurídicas se ventilaron en sede arbitral<sup>355</sup>. La razón es que estaba vigente el TBI celebrado el 29 de febrero 2002 entre Suecia y Rumanía y con él el compromiso de cada Parte contratante de garantizar «*en todo momento un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas*» por operadores de cada Estado<sup>356</sup>. Las controversias que

---

<sup>353</sup> Satisfacían para ello el requisito de la previa obtención de un certificado de inversor permanente exigida por el Decreto de Urgencia N° 24/1998, de 2 de octubre.

<sup>354</sup> En el Acuerdo Europeo por el que se se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y Rumanía, por otra, en vigor desde el 1 de febrero de 1995, se declaraban incompatibles con su buen funcionamiento las «*ayudas públicas que falsearan o amenazaran con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o determinados productos*» (artículo 64.1 iii)). Para hacerlo efectivo, se aprobó la Ley N° 143/1999, en materia de ayudas estatales, y se designaba al Consejo y a la Oficina de Competencia como autoridades nacionales de control de tales ayudas estatales.

<sup>355</sup> El único recorrido judicial en Rumanía vino dado por la confirmación por el Tribunal Supremo el 19 de febrero de 2002 de la decisión de la Corte de Apelaciones de Bucarest de considerar el carácter legislativo y no administrativo del Decreto de Urgencia N° 75/2000, cuya modificación del Decreto N° 24/1998, de 2 de octubre, había determinado a juicio del Consejo de Competencia la imposibilidad de ejecutar su decisión sobre la incompatibilidad de las ayudas. Así las cosas, éste no aparecía legitimado para impugnar su legalidad.

<sup>356</sup> El artículo 2.3 TBI disponía que las partes «*no obstaculizarán, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la cesión de dichas inversiones por parte de dichos inversores*».

pudieran suscitarse entre inversores y los Estados anfitriones se habrían de someter a un tribunal arbitral bajo los auspicios del CIADI<sup>357</sup>.

Ello fue lo que propiciaron Ioan y Viorel Micula, European Food, Starmil y Multipack, quienes, instando la constitución de un Tribunal arbitral conforme al TBI, obtuvieron una indemnización por daños y perjuicios fijada en 178 millones de euros<sup>358</sup>. Sostuvo el órgano arbitral que al derogarse los incentivos en cuestión, Rumanía no actuó *«de manera irrazonable o de mala fe (exceptuado el hecho de que [...] actuó de manera irrazonable al mantener las obligaciones de los inversores tras suprimir los incentivos)»*. Sin embargo, sí que apunta a que *«que Rumanía violó la confianza legítima de los demandantes [en el procedimiento arbitral] en que dichos incentivos estuvieran disponibles, esencialmente en la misma forma, hasta el 1 de abril de 2009. Rumanía tampoco actuó de manera transparente al incumplir su obligación de informar oportunamente a [dichos] demandantes de que el régimen de ayudas sería suprimido antes de su fecha de expiración prevista»*. La consecuencia de todo lo anterior es que el órgano arbitral concluye que Rumanía incumplió *«su obligación de “garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones” de los demandantes [en el procedimiento arbitral] en el sentido del artículo 2, apartado 3 del TBI»*.

Adviértase que la retirada de los beneficios fiscales no vino precedida de una Decisión de la Comisión que evaluara una posible incompatibilidad de las ayudas sino que fue el propio Estado rumano el que así lo dispuso en el marco de las negociaciones de adhesión. Y es que aunque Rumanía venía obligada a aplicar en lo sustancial las normas sobre ayudas de Estado antes de su adhesión, no se habían implementado aun procedimientos equivalentes a tal fin.

### **14.3 La ejecución del laudo Micula. Una batalla con multitud de frentes.**

Desde su dictado el 11 de diciembre de 2013 el laudo no ha podido ser ejecutado<sup>359</sup>. Ello pese a que los hermanos Micula emprendieron una desenfrenada búsqueda de Tribunales donde hacer efectivo el mandato del artículo 54.1 del Convenio CIADI. En efecto, además de intentarlo en Rumanía y Suecia, se ha hecho lo propio en Estados Unidos, Reino Unido,

---

<sup>357</sup> Artículo 7 TBI.

<sup>358</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case N° ARB/05/20.

<sup>359</sup> La anulación fue rechazada el 26 de febrero de 2016.

Bélgica, Luxemburgo<sup>360</sup> y Francia, países todos ellos que han ratificado el citado Convenio y en los que Rumanía podría poseer bienes susceptibles de ser bloqueados por la ejecución.

a) La ejecución instada en Rumanía dio lugar a la autorización otorgada por el Tribunal de Bucarest el 24 de marzo de 2014, con el mandamiento al Ministerio de Hacienda rumano para el pago del 80% de la indemnización fijada en el laudo más intereses. Ello llegó a traducirse en la incautación de fondos y su puesta a disposición de los inversores en cuenta bloqueada. Sin embargo, como veremos a continuación, tal posibilidad se vio truncada por la Comisión Europea al emitir el 26 de mayo de 2014 un requerimiento de suspensión<sup>361</sup> en tanto se resolviese sobre la compatibilidad de la ayuda conforme al artículo 108.2 TFUE, resolución que se produjo finalmente a través de la Decisión 2015/1470, de 30 de marzo de 2015.

b) En lo que hace a Suecia, la Corte de Distrito de Nacka, en fecha 23 de enero de 2019, rechazó la ejecución instada. Lo hizo con base en el principio de cooperación leal<sup>362</sup> y en el entendimiento de que la citada Decisión de la Comisión no solo impide la ejecución del laudo sino que también obliga a la recuperación de las cantidades ya incautadas. Razona que no hay duda de que la ejecución del laudo en Suecia supondría que Rumanía se vería obligada a pagar a través de las acciones de la «*autoridad de ejecución*», violando así la prohibición de pago dispuesta por la Comisión, lo que, a su vez, obligaría a Rumanía a recuperar inmediatamente lo que la «*autoridad de ejecución*» hubiera recaudado.

Advierte que con la ejecución del laudo arbitral las autoridades suecas estarían contribuyendo de facto a anular la Decisión de la Comisión. Por lo tanto, mientras la Decisión de la Comisión sea válida (mas allá de que estuviera pendiente ya en aquél momento de la resolución del Tribunal General), el principio de cooperación sincera no permite la ejecución solicitada. Señala que la obligación de un órgano jurisdiccional nacional de abstenerse de adoptar decisiones incompatibles con una decisión de la Comisión es de gran alcance<sup>363</sup>. Y

---

<sup>360</sup> El embargo decretado a instancia del Sr. Viorel Micula en 61 entidades bancarias luxemburguesas se dejó sin efecto por la Corte Superior de Justicia del Gran Ducado de Luxemburgo en el *Judgment* N° 71-18-VII-REF tras la audiencia pública celebrada el 21 de marzo de 2018.

<sup>361</sup> *Ex* artículo 11.1 del Reglamento (CE) n° 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE.

<sup>362</sup> Artículo 4.3 TUE.

<sup>363</sup> Esgrime en tal sentido el asunto *Lufthansa* (C-284/12).

subraya que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación del principio de cosa juzgada si dicha aplicación puede dar lugar a una infracción de las normas sobre ayudas estatales<sup>364</sup>.

En lo demás, el Corte de Distrito de Nacka admite que, en virtud del artículo 54 del Convenio CIADI, Suecia está obligada a ejecutar el laudo arbitral del mismo modo que una Sentencia sueca firme. Observa no obstante que esa decisión judicial sueca, desde el momento en que su ejecución hubiera sido contraria al Derecho de la Unión, tampoco podría haberse ejecutado. Consiguientemente, postula que en realidad ninguna diferencia existe entre el laudo arbitral concernido y una Sentencia sueca definitiva. De esta forma, las obligaciones de Suecia en virtud del apartado 3 del artículo 4 del TUE hacen que, mientras la Decisión rija, exista un obstáculo para la ejecución solicitada. Finalmente, sostiene que la aplicación del artículo 351 TFUE no puede conducir a una apreciación diferente. Se refería así a que los incentivos cuya retirada había justificado la condena en el laudo eran previos a la adhesión de Rumania a la Unión Europea. Recuerda que las disposiciones de un convenio celebrado antes de la adhesión no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias, como era el caso<sup>365</sup>.

c) Una visión muy distinta es la que se expresa en el *Memorandum* de la Corte de Distrito de Columbia de 11 de septiembre de 2019. Éste da vía libre a los inversores para hacer efectiva la cantidad indemnizatoria fijada en el laudo, rechazando las alegaciones tanto de Rumanía como de la Comisión Europea (que actúa como «*amicus curiae*»). Pone el acento en que, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la Sentencia *Achmea* (C-284/16), Rumanía no era aún miembro de la Unión Europea cuando decidió la retirada de los incentivos fiscales, siendo así que no aplicaría la invalidez de la cláusula de arbitraje intra-UE. Dejaba en todo caso pendiente de concretar qué cantidades aun eran adeudadas.

Esta decisión se ha visto confirmada en el *Judgment* de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de 19 de mayo de 2020. Los relevantes argumentos esgrimidos por la Comisión fueron, en síntesis, los siguientes:

-En primer lugar, se aduce que la Corte de Distrito sostuvo erróneamente que la inmunidad soberana no se aplica porque Rumanía había renunciado a la inmunidad al consentir la cláusula de arbitraje del TBI entre Rumanía y Suecia en el que se basaba el laudo. Recuerda que el Tribunal de Justicia ha dictaminado que los acuerdos de arbitraje en los TBIs intra-UE son

---

<sup>364</sup> Cita al efecto las Sentencias del Tribunal de Justicia recaídas en los asuntos *Lucchini* (C-119/05), *Klausner* (C-505/14) y *Achmea* (C-284/16).

<sup>365</sup> Aude a *Radio Telefís Eireann* (C-241-91) e *ITP/Comisión* (C-242-91).

contrarios al Derecho de la Unión en tanto que vulnerarían los artículos 267 y 344 TFUE así como los principios de autonomía, plena eficacia y confianza mutua.<sup>366</sup> El planteamiento es simple: al ser la cláusula de arbitraje inválida en este caso, la excepción de arbitraje a la inmunidad soberana no existe.

-En segundo término, la Corte de Distrito habría infringido el principio de cortesía internacional. Lo habría hecho al ignorar las alegaciones que como «*amicus curiae*» ofreció la Comisión ante la probabilidad de riesgo de Sentencias contradictorias entre los Tribunales de Estados Unidos y los de la Unión, incluidos los de los Estados miembros. Recuerda la Comisión que la cortesía encierra el principio de que los Tribunales estadounidenses deben un «*grado de deferencia a la actuación de un Gobierno extranjero que no es vinculante para el foro*»<sup>367</sup> y resalta que se estaría ante un caso clásico al que debería aplicarse la cortesía internacional. Subraya que, sin embargo, la Corte de Distrito se habría negado a aplicar la cortesía internacional al ignorar las obligaciones vigentes del Derecho de la Unión que impiden el pago del laudo.

-Finalmente, postula que no se habría dado una «*consideración respetuosa*» a las alegaciones de la Comisión en torno al Derecho de la Unión. Advierte que la Comisión, en tanto que «*agencia o instrumento de un Estado extranjero*», se encarga, en virtud de los Tratados fundacionales de la Unión, de «*garantizar la aplicación de los Tratados*» y de «*supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*»<sup>368</sup>. Concluye que la Corte de Distrito malinterpretó y minimizó o, en algunos casos, simplemente ignoró el Derecho de la Unión. Resalta que no es por ello de extrañar que ordene efectivamente a Rumanía que viole el Derecho de la Unión e interfiera en los litigios aun pendientes ante el Tribunal de Justicia así como los Tribunales nacionales de varios Estados miembros.

Pese a lo interesante del planteamiento ofrecido por la Comisión, la Corte de Apelaciones los despacha remitiéndose al argumento del que se sirvió la Corte de Distrito. Esto es, se confirma la jurisdicción de ésta última en tanto que operaría una excepción a la inmunidad soberana de Rumanía. Tal excepción trae causa del TBI y del compromiso en virtud del mismo asumido de someter las controversias a un órgano arbitral y estar a lo que por este se resuelva.

---

<sup>366</sup> En tal sentido, asunto *Achmea* (C-284/16).

<sup>367</sup> Pasaje que se invoca con base en el precedente de la propia Corte de Apelaciones *De Csepel v. Republic of Hungary*.

<sup>368</sup> Artículo 17 TUE.

Interpreta también la Corte de Apelaciones que deviene decisivo el que la adhesión de Rumanía a la Unión Europea no se produjo sino hasta después de la retirada de los incentivos fiscales y, por lo tanto, la cláusula de arbitraje, aun cuando hubiere sido suscrita con otro Estado miembro, no estaría afectada por la invalidez declarada en *Achmea*.

Repárase en que la Corte de Apelaciones estadounidense opta por una solución que le permite esquivar la complejidad del problema de fondo. Lo hace, además, apartándose del criterio que, como a continuación se analizará, ha seguido el Tribunal de Justicia a la hora de fijar el momento en que se concede la ayuda y que no viene dado por la retirada del incentivo fiscal sino por el pago del laudo. Queda, en consecuencia, por determinar cuál sería la respuesta jurídica en el caso de que se enfrentase la ejecución de un laudo en la que no se pudiera oponer una adhesión posterior a la adopción de la medida gravosa que lo motive. Cuestión que no es baladí si se tiene en cuenta que esa es precisamente la situación en la que se encuentra España cuando, también ante los Tribunales de Estados Unidos, se trata de ejecutar *ex* artículo 54.1 del Convenio CIADI los laudos derivados de los recortes a las energías renovables.

d) En línea con los Tribunales estadounidenses se encuentra la Corte Suprema del Reino Unido, la cual, en el *Judgment* de 19 de febrero de 2020<sup>369</sup>, deja sin efecto la suspensión de la ejecución del laudo del CIADI en el entendimiento de que la misma implicaba entrar en colisión con las obligaciones que se asumieron por el Reino Unido en virtud del artículo 54 del Convenio CIADI. De forma categórica y en contra del criterio mantenido por la High Court of England and Wales, se destaca que corresponde al Tribunal nacional y no al Tribunal de Justicia determinar el alcance de las obligaciones de Derecho interno impuestas al Reino Unido por el Convenio CIADI. Se asevera, además, que la ley debe interpretarse de forma coherente con el Convenio CIADI y no de manera que faculte al Reino Unido a adoptar nuevas normas que permitan, por ejemplo, una «*defensa de orden público*» cuando el Convenio no la contempla o aceptando el argumento de Rumanía de que los laudos del CIADI son «*equivalentes*» a las Sentencias definitivas de los Tribunales nacionales.

---

<sup>369</sup> Responde a la apelación formulada contra el *Judgement* de la High Court of England and Wales de 20 de enero de 2017 en el que la cuestión clave que se dilucidaba era si cabía ejecutar el laudo en un Estado miembro no destinatario de la obligación que se imponía. Se concluyó que el laudo constituía «*res iudicata*» y que no había sido satisfecho pero no dispuso su ejecución por estar pendiente el pronunciamiento del Tribunal de Justicia contra la Decisión de la Comisión 2015/1470, de 30 de marzo. Ello con el fin de evitar decisiones contradictorias o incoherentes.

La consecuencia de todo ello es que las obligaciones de ejecución asumidas en virtud del Convenio CIADI<sup>370</sup> no pueden verse afectadas por el deber de cooperación leal con la Unión Europea desde el momento en que la ratificación de aquél fue previa a su adhesión a ésta. Se llega incluso a afirmar que si la Comisión se plantease un procedimiento de infracción por la ejecución del laudo su prosperabilidad sería remota y, en todo caso, insiste en que el principio de cooperación leal presentaría un carácter bidireccional, por lo que el Tribunal de Justicia habría de dejar la interpretación del Convenio CIADI a los Tribunales del Reino Unido en tanto que Estado Parte (la Unión no lo es) [§ 116].

Se resalta que los deberes que derivan de los artículos 54 y 69 del Convenio CIADI comprometen a todas las demás Partes Contratantes y que el esquema del Convenio se funda precisamente en la «*confianza mutua*», lo cual, a su vez, dependerá de la participación y el cumplimiento de cada Estado contratante. No en vano, como apunta, el propio Preámbulo dispone que «*todo laudo arbitral sea cumplido*». Pero sin duda el aspecto que más destaca es la distancia que marca respecto de la cuestión que interpreta pendía ante el Tribunal de Justicia y que no sería otra que la relativa a la proyección del artículo 351 TFUE al caso concreto, siendo así que la cuestión que la Corte analizaba se refería a las obligaciones del Reino Unido (que no las de Rumanía) en virtud de los compromisos asumidos en el Convenio CIADI.

No puede perderse de vista que el contexto en el que el *Judgment* se dicta no es otro que el del período transitorio contemplado en el Acuerdo de Retirada<sup>371</sup>. En el marco del Brexit, la Corte Suprema parece desde luego más preocupada por garantizar el cumplimiento de las obligaciones que vinculan al Reino Unido en virtud del Convenio CIADI que aquellas que derivan del Derecho de la Unión. De especial interés resulta al respecto el planteamiento que hace con su recurso Rumanía al cuestionar si el Reino Unido seguiría vinculado tras el Brexit a la interpretación que el Tribunal de Justicia establezca a propósito de la relación entre el Derecho de la Unión y el Convenio CIADI. Tal cuestión parece quedar sin respuesta si bien en los razonamientos de la Corte se desliza una posición contraria a una interpretación abierta del deber de cooperación que faculte incluso para suspender la ejecución de los laudos del CIADI en tanto que la Comisión ejerza sus competencias. Concluye sin ambages que ello supondría priorizar la autonomía del Derecho de la Unión sobre la seguridad jurídica que pretenden proporcionar los Tratados de inversión.

---

<sup>370</sup> Artículos 54 y 69 del Convenio CIADI.

<sup>371</sup> El Acuerdo de Retirada acordado el 17 de octubre de 2019 contempló un período transitorio hasta el 31 de diciembre 2020, en el que el Derecho de la Unión fue aplicable al Reino Unido, salvo en lo relativo a la presencia en las Instituciones y estructuras de Gobernanza.

Por otra parte, en lo que hace al principio de cortesía («*comity principle*»), resulta muy revelador la forma en que la Corte Suprema espera que se aborden los eventuales conflictos que se susciten entre los dos ordenamientos jurídicos. De esta forma, al subrayar que la cortesía debería llevar al Tribunal de Justicia a dirigirse a los Tribunales del Reino Unido en lo que se refiere a la interpretación del Convenio del CIADI, se estaría poniendo de manifiesto que son los Tribunales nacionales de los Estados signatarios del Convenio los únicos competentes para decidir cuestiones sobre el ámbito y el alcance de las obligaciones derivadas del mismo. Ello, huelga decirlo, choca sin discusión con el planteamiento acerca de la autonomía del Derecho de la Unión que se viene haciendo por el Tribunal de Justicia.

Corolario de cuanto antecede es que, de entrada, el Reino Unido no ha suscrito el citado Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión intra-UE. Aun más. La Comisión ha interpuesto recurso de incumplimiento contra el Reino Unido al considerar que éste ha vulnerado, con el dictado del *Judgment* de 19 de febrero de 2020, el principio de cooperación leal<sup>372</sup>. Ello al resolver una cuestión jurídica que ya se había planteado ante los Tribunales de la Unión como era la de la interpretación y aplicación del artículo 351 TFUE y la validez de la Decisión de la Comisión de 2015.

En síntesis, plantea la infracción del artículo 351 TFUE en tanto que desvirtúa con su proceder la Decisión de la Comisión en sus efectos al entender que dicha disposición no era aplicable al laudo arbitral. Asimismo, sostiene vulnerado el artículo 267 TFUE por cuanto la Corte Suprema del Reino Unido no planteó cuestión prejudicial al respecto de la aplicación del artículo 351 TFUE en relación con el reconocimiento y la ejecución de un laudo del CIADI en la Unión Europea y las consiguientes implicaciones a propósito de la validez de la Decisión de la Comisión en cuestión. En última instancia, postula infringido el artículo 108.3 TFUE al no haber respetado, en cuanto a la ejecución del laudo arbitral, el efecto suspensivo de la Decisión de la Comisión de iniciar un procedimiento formal de investigación de ayudas de Estado.

Destaca asimismo la Comisión las importantes consecuencias que el pronunciamiento de la Corte Suprema del Reino Unido comporta desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la Unión a los litigios en materia de inversión, ya en lo que respecta a los laudos arbitrales dictados al amparo de los compromisos asumidos en un TBI intra-UE, ya en lo que hace a la aplicación intra-UE del TCE.

---

<sup>372</sup> El cauce al que se acude al efecto es el del artículo 87 del Acuerdo de Retirada, de acuerdo con el cual la Comisión, si considera que el Reino Unido ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, podrá, en un plazo de cuatro años a partir del final del período transitorio, someter el asunto al Tribunal de Justicia conforme a los requisitos establecidos en el artículo 258 TFUE.

Concluye la Comisión que el reconocimiento y la ejecución por parte de los Tribunales del Reino Unido de tales laudos resulta incompatible con el Derecho de la Unión y haría que resultaran ilusorios los esfuerzos por garantizar la aplicación efectiva de las Sentencias que reiteran la primacía del Derecho de la Unión sobre los laudos arbitrales en el contexto de los litigios intra-UE, en tanto que incompatibles con el Derecho de la Unión como se ha encargado de establecer el Tribunal de Justicia.

e) Finalmente, para cerrar el recorrido expuesto, cabe aludir a que la Corte de Apelación de Bruselas planteó, con fecha 12 de marzo de 2019, cuestión prejudicial para aclarar si la calificación de la Comisión como ayuda de Estado ilegal también abarca el pago recuperado mediante procedimientos de ejecución, pidiendo asimismo un pronunciamiento sobre si cabe que los Estados miembros no atiendan a las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio del CIADI y sobre la base de una Decisión no definitiva de la Comisión<sup>373</sup>. La Corte concluye que, si bien no estaba estrictamente obligada a suspender la ejecución del laudo arbitral, los principios generales de la Unión Europea se lo exigían en espera de un fallo definitivo del Tribunal de Justicia. El pronunciamiento que en su momento recaiga se antoja de sumo interés toda vez que la forma en que se plantea la cuestión enfrenta de forma directa el fondo de la problemática que se viene presentando.

### **15. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía.**

Tras el dictado del laudo por el CIADI, el 31 de enero de 2014 la Comisión Europea (que también intervino en el procedimiento arbitral como *«amicus curiae»*) se dirigió a Rumanía para advertir que cualquier ejecución del laudo constituiría una nueva ayuda sobre la que habría que notificar a la Comisión. La Decisión de iniciar el procedimiento de investigación de la ayuda se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 7 de noviembre de 2014 y finalizó con la Decisión 2015/1470, de 30 de marzo, de la Comisión, relativa a la *«ayuda estatal SA.38517 ejecutada por Rumanía en el laudo arbitral Micula / Rumanía de 11 de diciembre de 2013»*, la cual ha servido hasta ahora para no hacer frente al pago del mismo. Se dispone en la misma no solo que Rumanía *«no abonará ninguna ayuda incompatible»* sino que también *«recuperará cualquier ayuda incompatible que ya haya sido abonada»*.

---

<sup>373</sup> El pronunciamiento responde a la apelación planteada contra el levantamiento de la incautación de hasta 85 millones de euros decretado por un Tribunal de Instancia belga en ejecución del laudo y en el entendimiento de que éste no podía servir de base para la incautación habida cuenta de la Decisión de la Comisión de recuperar el pago.

El decisivo punto de partida para entender el alcance de la Decisión es que la medida que se evalúa es el pago de la indemnización concedida en virtud del laudo, con sus correspondientes intereses [§ 39]. A partir de ahí se examina -y aprecia- la concurrencia de las condiciones acumulativas que el artículo 107.1 TFUE establece:

a) En primer lugar, que la medida confiere una ventaja económica selectiva a una empresa. Aplicando el test de las «*condiciones normales de mercado*», colige que el laudo se traduce en un beneficio que de otra forma no podría ser obtenido. Trae además causa del TBI entre Suecia y Rumanía y, por tanto, concerniría solo a determinadas empresas y dentro de un limitado ámbito regional. Añade que la base de los daños viene representada por la prematura revocación de los incentivos fiscales y advierte de la equivalencia entre la compensación que se fija y lo dejado de percibir por un régimen fiscal contrario al acervo comunitario. Sobre tales particulares, conviene puntualizar lo que sigue:

-El Tribunal de Justicia tiene declarado que sólo si la indemnización por la responsabilidad extracontractual garantiza que la parte perjudicada reciba lo que le corresponde, al igual que cualquier otra empresa, en virtud de las normas generales de responsabilidad civil de ese Estado miembro, no se concedería ninguna ventaja al beneficiario<sup>374</sup>. No existiría, pues, ventaja cuando se permita que tal ayuda sea también obtenida por otra empresa.

-En análogos términos se pronuncian las conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *Atzeni*<sup>375</sup>, subrayándose al efecto que «*si se reconoce el derecho a una indemnización, no resulta equiparable el perjuicio con el importe de las sumas que se han de reintegrar, puesto que supondría una concesión indirecta de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común*» [§198].

-En el caso concreto analizado en la Decisión Micula por la Comisión, el método para estimar los ingresos estatales «*perdidos*» en relación con los planes de ayuda fiscal requiere trazar una comparación entre el tratamiento fiscal de la empresa y el régimen fiscal general. Las exenciones fiscales y los tipos impositivos reducidos constituyen excepciones al régimen fiscal general. Ello puede dar lugar a la concesión de ayudas estatales si no pueden justificarse por su objetivo de la norma general aplicable. Pues bien, el plan lanzado en 1999 por el Gobierno de Rumania se apartaba de la lógica del sistema y de ahí que se considerase una ayuda estatal. De hecho, las facilidades concedidas mediante esta excepción se referían a medidas que, antes de la

---

<sup>374</sup> *Asteris AE, otros y Grecia v Commission* (acumulados 97, 193, 99 y 215/86).

<sup>375</sup> *Atzeni y otros v. Regione Autonoma della Sardegna* (acumulados C-346-03 y C-529-03).

fecha de adhesión, habían sido evaluadas por la autoridad nacional de supervisión y consideradas incompatibles con el acervo comunitario.

b) En segundo término, que la medida es imputable al Estado y financiada mediante recursos estatales. Cabe destacar que la Comisión rechaza el argumento de que el laudo responda a las obligaciones de Derecho internacional y enfatiza que fue al ratificar voluntariamente el TBI cuando se crearon las condiciones para el establecimiento de la ayuda, destinando para ello fondos estatales y atribuyéndole al Estado rumano incluso las decisiones de los Tribunales de ese país y de los ejecutores del laudo. Se afirma que solo cabría excepcionar tal imputabilidad de estarse cumpliendo una obligación derivada del Derecho de la Unión.

c) Finalmente, que la medida falsea o amenaza con falsear la competencia y tiene potencialidad suficiente como para afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Se razona para ello que los productos en cuestión se vendían en un mercado liberalizado y eran objeto de comercio entre los distintos Estados de la Unión.

Hasta aquí el análisis de las condiciones del artículo 107.1 TFUE en la Decisión de la Comisión en *Micula*. Repárese en que la medida del Gobierno rumano que se fiscaliza aparece constituida por un plan, no se trata de una ayuda individual. Al mismo tiempo, el TBI entre Suecia y Rumanía no consideraba la protección de inversores en particular sino de los de nacionalidad sueca en general. Con el laudo no se restablece el incentivo fiscal si bien sí que se reconoce que la legítima expectativa del inversor consistía en esperar que tal trato fiscal favorable se extendiera durante un determinado lapso temporal, de suerte que al no hacerlo se habría infringido la obligación de garantizar un «trato justo y equitativo de las inversiones». Resulta evidente la conexión que se observa entre laudo y esquema fiscal. Ahora bien, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia a la que se ha aludido, desde el momento en que con el laudo se trata de compensar el daño sufrido por la retirada del esquema fiscal favorable y entre aquél y éste se establece una equivalencia, la satisfacción del laudo habría de considerarse una ayuda de Estado (en el mejor de los casos, indirecta).

Resulta de sumo interés el paralelismo que cabe trazar entre la Decisión de la Comisión en el caso *Micula* y el pronunciamiento que pueda ésta en su momento realizar a propósito de la obligación de satisfacer por parte de España las sumas impuestas en los diversos laudos dictados

por la supresión de incentivos a las renovables<sup>376</sup>. Los laudos atienden a la vulneración del trato justo y equitativo previsto en el artículo 10.1 TCE. Sin embargo, la Comisión no estaría llamada a verificar la legalidad del esquema de incentivos sino a dilucidar si el pago de las indemnizaciones constituye o no ayuda de Estado. Se antoja así como muy probable que la conclusión alcanzada en *Micula* se reproduzca en el caso de España.

Ahora bien, adviértase también la disfunción que se vislumbra. Así como los órganos arbitrales «*sancionan*» la inobservancia de una suerte de principio de confianza legítima en el trato dispensado a los inversores, la concepción de la expectativa legítima en el ámbito de las ayudas de Estado resulta incompatible con aquél. Y es que la protección de las legítimas expectativas de los destinatarios de la ayuda depende (tal y como tiene establecido el Tribunal de Justicia<sup>377</sup>) del cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de notificación de la misma. Sin notificación de la ayuda ésta es ilegal y no cabe invocación de expectativas legítimas<sup>378</sup>. De esta forma, puede resultar que la retirada de una ayuda -piénsese, por ejemplo, en un esquema de incentivos fiscales- ilegal (en tanto que no notificada) e incluso incompatible con el mercado interior (si así lo ha resuelto previo el pertinente procedimiento la Comisión) no obste a una obligación de indemnizar a los destinatarios de la misma si un órgano arbitral entiende que tal retirada ha quebrado el trato justo y equitativo. Aun más. Ello puede darse en la práctica -de hecho, es el caso de las renovables- no solo entre un Estado miembro anfitrión de la inversión y un tercer Estado no comunitario sino también intra-UE por mor ya no de los TBI en extinción sino por la condición de signatarios del TCE.

## 16. El Tribunal General no despeja la incógnita.

La Decisión de la Comisión por la que se declara el carácter de ayuda de Estado, incompatible con el mercado interior, del pago del laudo en favor de los Sres. Micula fue objeto de recurso de anulación *ex* artículo 263 TFUE por parte de éstos y de las diversas entidades que participan<sup>379</sup>. El Tribunal General resolvió anular tal Decisión en Sentencia (Sala Segunda ampliada) de 18 de junio de 2019 (asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15). Sin embargo, aun cuando se esperaba que el fallo aclarara la cuestión de cuándo un laudo arbitral

---

<sup>376</sup> Como se expuso en el apartado 9 del presente Capítulo, a través del Procedimiento de Ayuda estatal SA.54155 (2021/NN) la Comisión investiga si la compensación que se impone a España a través del laudo arbitral del CIADI favorable a *Antin Infrastructure Services* constituye o no ayuda de Estado.

<sup>377</sup> *Commission v Federal Republic of Germany* (C-5/89).

<sup>378</sup> En tal sentido, artículos 1 y 16.1 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 TFUE.

<sup>379</sup> En el procedimiento España participó apoyando la posición de la Comisión Europea.

que fija una indemnización puede considerarse ayuda estatal, ello no se produjo. Y es que en realidad no se enfrentó el tema de fondo por el aspecto «*ratione temporis*» que representa el que los artículos 107 TFUE y 108 TFUE no resultaban de aplicación a Rumanía antes de que tuviera lugar su adhesión a la Unión Europea.

Se concluye por ello que la Comisión no podía ejercer las competencias que le confería el artículo 108 TFUE y, en particular, no podía sancionar los incentivos establecidos para el período anterior a la adhesión. Al hacerlo, aplicó retroactivamente y, por tanto, de forma indebida, las competencias que este último precepto le otorga. Por otra parte, se advierte de la importante circunstancia de que, a diferencia de lo que cabe predicar del asunto *Achmea*, el órgano arbitral no estaba obligado a aplicar el Derecho de la Unión a unos hechos acaecidos con anterioridad a la adhesión.

La Comisión Europea interpuso el 27 de agosto de 2019 recurso de casación contra la citada Sentencia y, como a continuación se expondrá, ello ha permitido en cierta forma el abordaje de la cuestión de fondo por parte del Tribunal de Justicia. De hecho, el propio Tribunal General dejaba abierta la posibilidad a que por la Comisión se evaluase la compatibilidad de las ayudas concedidas en el período posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión (el comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de abril de 2009). Ello al expresar que «*aun suponiendo que el pago de la indemnización por daños y perjuicios correspondiente a dicho período pueda calificarse de ayuda incompatible*» [§ 91], lo que parecía avalar la tesis de un posible control por parte de la Comisión respecto de tal lapso temporal<sup>380</sup>.

Al margen de lo anterior, resulta interesante reseñar dos aspectos en los que el Tribunal General se distancia de los planteamientos efectuados por la Comisión:

-De una parte, en cuanto a qué se entiende por «*medida en cuestión*» (objeto del procedimiento de ayuda del Estado), considera el Tribunal General que ésta vendría dada por el pago de la compensación fijada en el laudo. Razona que el esquema fiscal se aplicó antes de la adhesión y, por lo tanto, el laudo solo constituía el reconocimiento del derecho a recibir una compensación nacida en 2005 a raíz de la violación del TBI por la supresión de los incentivos. El hecho de que el pago se produjese en el año 2014 devendría así irrelevante. El laudo no constituiría nueva ayuda dado que no confiere a los demandantes un derecho incondicional a recibir la misma [§ 78- 85].

---

<sup>380</sup> En todo caso, se permite prescindir de tal examen dado que la Comisión «*no ha establecido una distinción entre los períodos de indemnización del perjuicio sufrido por los demandantes antes o después de la adhesión*», si bien reseña que «*en cualquier caso, se excedió en sus competencias en materia de control de las ayudas de Estado*» [§ 91].

-De otra, el laudo no concedería una ventaja económica. Sostiene el Tribunal General que el examen del método de cálculo efectuado por la Comisión estaba fuera de su competencia y apunta a que en todo caso el órgano arbitral se limitó a calcular los daños sufridos por la infracción de los derechos de los inversores. Asimismo, aunque Tribunal General y Comisión coinciden en que la indemnización de los daños constituiría ayuda de Estado si compensara la retirada de una ayuda ilegal o incompatible [§ 103], el Tribunal General, a diferencia de la Comisión, no llega a valorar si el esquema fiscal representaba una ayuda de tal naturaleza.

### **17. El Tribunal de Justicia anula la Sentencia del Tribunal General y le devuelve el asunto.**

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) ha resuelto el recurso de casación formulado en virtud de Sentencia de 25 de enero de 2022 (C-638/19 P). Lo hace en el sentido de anular la resolución dictada por el Tribunal General, devolviendo el asunto al mismo para que este se pronuncie sobre si la medida a la que la Decisión de la Comisión se refiere (esto es, la indemnización a abonar por Rumanía a los inversores suecos en ejecución del laudo del CIADI) cumple, desde el punto de vista material, los requisitos del artículo 107.1 TFUE.

En efecto, concluye el Tribunal de Justicia que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al negar la competencia a la Comisión para examinar, desde la perspectiva del régimen de ayudas de Estado, la mentada indemnización. Como se ha expuesto, la clave para el Tribunal General se residenció en el hecho de la ayuda fue concedida por Rumanía al derogar el régimen de incentivos fiscales (lo que tuvo lugar en el 2005).

Ya en las conclusiones presentadas el 1 de julio de 2021, el Abogado General Szpunar discrepó del criterio del Tribunal General postulando que el dato determinante para establecer el momento de concesión de una supuesta ayuda es la *«adquisición, por el beneficiario de la medida en cuestión, de un derecho cierto a recibirla y el compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder la medida»*<sup>381</sup>. Apunta a lo lógico de tal criterio a la luz del *«objetivo de la normativa sobre ayudas de Estado»* en tanto que dirigido a englobar las actuaciones estatales, en la medida en que el simple compromiso del Estado de actuar en apoyo de una empresa

---

<sup>381</sup> Esgrime al efecto el asunto *Magdeburger Mühlenwerke GmbH contra Finanzamt Magdeburg* (C-129/12), en el que se establecía que *«las ayudas se conceden en el momento en que se confiere al beneficiario el derecho de recibirlas en virtud de la normativa nacional aplicable»*, correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente determinar, con arreglo al Derecho nacional aplicable, *«el momento en que debe considerarse que se han concedido dicha ayuda. A tal fin debe tener en cuenta todos los requisitos establecidos por el Derecho nacional para la obtención de la ayuda de que se trate»* [§41 y 42].

beneficiaria ya puede dar lugar por sí solo a una distorsión de la competencia en el mercado, incluso antes de que se aplique efectivamente la medida de ayuda [§125].

En tal sentido, admite que la «*supuesta ayuda*» tiene su origen en la infracción de lo dispuesto en el TBI por Rumanía. No obstante, deslinda el Derecho sobre ayudas de Estado del Derecho de la responsabilidad, de suerte que, si bien con arreglo a este último el derecho al resarcimiento «*nace el día en el que se sufre el daño*», ello no es extrapolable al ámbito del Derecho sobre ayudas de Estado en la medida en que el «*derecho a recibir la ayuda*» no nace también en ese momento. De esta forma, lo que hace el laudo es declarar «*con carácter retroactivo la existencia del derecho a percibir una indemnización*» y ello es así porque antes de tal momento ese «*derecho a ser indemnizado no tenía una existencia cierta*» [§128].

Al situar en el dictado del laudo el momento en el que se concede la ayuda el Abogado General concluye que el Derecho de la Unión era aplicable a la medida en cuestión y, por tanto, la Comisión resultaba competente con arreglo al artículo 108 TFUE para examinar la indemnización arbitral a la luz del Derecho sobre ayudas de Estado.

Pues bien, en la senda marcada por tales conclusiones, el Tribunal de Justicia empieza apartándose ya de lo resuelto por el Tribunal General cuando éste afirmó que el asunto *Achmea* no resultaba de aplicación al caso en cuestión. Como se desarrollará posteriormente, en *Achmea* se declaró que los artículos 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros conforme al cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

A través de la celebración de este tipo de compromisos (en el caso *Micula*, el TBI entre Rumanía y Suecia), los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial (que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo 2º, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión), los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho.

La proyección de lo anterior al asunto *Micula* le lleva al Tribunal de Justicia a observar que la indemnización solicitada por los inversores suecos (y obtenida con el laudo del CIADI) se refería también a daños supuestamente sufridos después de la fecha de adhesión de Rumanía a la Unión, a partir de la cual el Derecho de la Unión, en particular los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, era aplicable a dicho Estado miembro. Resalta que la «*indemnización solicitada por los demandantes en el procedimiento arbitral no se refería exclusivamente a los daños*

*supuestamente sufridos antes de esa fecha de adhesión»* y de ahí que *«no puede considerarse que la controversia planteada ante el tribunal arbitral se circunscriba en todos sus elementos a un período durante el cual Rumanía, al no haberse adherido todavía a la Unión, no estaba aún vinculada por normas y principios»* como los que se afirman en *Achmea* [§140].

Asimismo, subraya que el órgano arbitral en cuestión no forma parte del sistema judicial de la Unión, pues no se inscribe en el sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo 2º, obliga a los Estados miembros a establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. En consecuencia, afirma categóricamente que el consentimiento de Rumanía al sistema de arbitraje previsto por el TBI debe entenderse que quedó sin objeto a raíz de la adhesión de este Estado miembro a la Unión. Ello en tanto que:

-De un lado, el órgano arbitral que resuelve no es un *«órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros»*, en el sentido del artículo 267 TFUE

-De otro, en la medida en que el laudo arbitral dictado por él no está sometido, con arreglo a los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI, a ningún control por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuanto a su conformidad con el Derecho de la Unión.

A lo anterior no obsta, según se precisa, el que Rumanía hubiera dado su consentimiento a la posibilidad de que se planteara un litigio contra ella en el marco del procedimiento de arbitraje previsto en el TBI. Y es que diferencia tal consentimiento del que se habría presentado en el *«marco de un procedimiento de arbitraje comercial»*. Esto es, no tiene su origen en un acuerdo específico que refleje la autonomía de la voluntad de las partes de que se trata, sino que *«resulta de un tratado celebrado entre dos Estados, en cuyo marco éstos, de manera general y por adelantado, se han comprometido a sustraer de la competencia de sus propios tribunales litigios que pueden referirse a la interpretación o a la aplicación del Derecho de la Unión en beneficio del procedimiento de arbitraje»* [§143 y 144].

Sentado lo anterior, el punto clave del recurso de casación es el que fija el momento en el que, en el sentido del artículo 107.1 TFUE, debe entenderse concedida la ayuda concernida. En consonancia con lo apuntado por el Abogado General, señala que *«el dato determinante para establecer esta fecha se refiere a la adquisición por los beneficiarios de un derecho cierto a percibir esa ayuda y al compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder dicha ayuda. En efecto, esa es la fecha en la que tal medida puede dar lugar a una distorsión de la competencia capaz de afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1»* [§123].

La proyección del criterio al caso que analiza lleva a concluir que el derecho a la indemnización del perjuicio alegado por los inversores suecos, pese a tener su origen en la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales por parte de Rumanía, fue concedido únicamente por el laudo arbitral, que no solo declaró la existencia de tal derecho, sino que también cuantificó su importe. Y es que los inversores solo podían obtener el pago efectivo de la indemnización al término del procedimiento arbitral, aun cuando dicha indemnización pretenda reparar parcialmente el daño que alegan haber sufrido durante un período anterior a la adhesión de Rumanía a la Unión. En suma, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar que la Comisión no era competente «*ratione temporis*» para adoptar la Decisión controvertida con arreglo al artículo 108 TFUE.

En definitiva, el Tribunal de Justicia no entra a analizar si el laudo arbitral puede constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE. Ello por cuanto tal cuestión en realidad queda extramuros de su competencia en el marco del recurso de casación al no haber sido examinada por el Tribunal General. Será así éste último el que ahora tenga que dar respuesta a tan decisiva cuestión no solo para el asunto *Micula* sino también para todos aquellos litigios en los que España se encuentra inmersa por mor de los recortes a las renovables.

Repárese, no obstante, el que sí que se puntualiza un extremo relevante por el Tribunal de Justicia como es el de que la competencia de que dispone la Comisión en virtud del artículo 108 TFUE no puede depender en ningún caso del resultado del examen de la cuestión de si la indemnización controvertida puede constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE. Y es que, según afirma, «*el control preventivo ejercido por la Comisión con arreglo al artículo 108 TFUE tiene en particular por objeto [...] determinar si es así*» [§132].

## **18. Derecho de la Unión y Derecho internacional.**

A la hora de categorizar la naturaleza jurídica de la Unión Europea suelen definirse dos posiciones: de un lado, la que la considera una organización basada en el Derecho internacional; de otra, aquella que la configura como una organización «*sui generis*», esto es, una figura intermedia entre una organización internacional y un Estado federal. Lógicamente, en función de cuál sea la concepción que en torno a tal naturaleza se acoja, se acudirá a diferentes técnicas para colmar las lagunas que puedan darse ya en la articulación de sus relaciones con el Derecho internacional, ya con respecto a los Estados miembros.

### 18.1 Personalidad jurídica, competencias y facultades de la Unión Europea.

La Unión Europea cuenta con personalidad jurídica<sup>382</sup> y, por ende, es sujeto de derechos y obligaciones, instituyéndose en torno a la misma un ordenamiento jurídico propio y autónomo. Del TFUE resulta la distinción entre materias de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (en relación con las cuales los Estados no solo pueden legislar sino también adoptar actos jurídicamente vinculantes) y las de competencia exclusiva de la Unión (donde solo ésta puede adoptar actos legislativos u otros de cualquier otra naturaleza pero también vinculantes jurídicamente).

En consecuencia, de la misma forma que un Estado tiene capacidad para obligarse jurídicamente en virtud de compromisos internacionales y en cuanto derivación de su soberanía, de la Unión, concebida como organización internacional, lo que cabe predicar es una competencia instituida a través de los Tratados constitutivos y, por tanto, limitada a los propósitos a los que éstos se enderezan. Sin embargo, por mor de la citada naturaleza «*sui generis*», la Unión Europea se aparta de las organizaciones internacionales al uso en las que los tratados por las mismas celebrados no vincularían a sus Estados miembros.

En tal sentido, el artículo 216.2 TFUE dispone que «*los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros*». Como señala CARDUCCI<sup>383</sup>, esta norma refleja la integración de la Unión en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y la necesidad de que aquella garantice el carácter vinculante para los Estados miembros de los acuerdos internacionales que celebra (en particular, en las materias en las que las competencias internas y externas son divergentes).

El ordenamiento comunitario no solo traba relación con los de los distintos Estados miembros (rigiéndose por los principios de primacía y efecto directo) sino también con el Derecho internacional. En tal sentido y en una forma muy similar a lo que se señaló por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, relativa a la existencia o no de contradicción entre la Constitución y determinados preceptos del malogrado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, se ha afirmado que el modelo por el que se

---

<sup>382</sup> Artículo 47 TUE.

<sup>383</sup> CARDUCCI, G., «*A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and “Preclude” in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration*», ICSID Review, Vol. 33, N° 2 (2018), pág. 592.

decanta la Unión es el de «*monista moderado o atenuado*»<sup>384</sup>. Ello se traduciría en un monismo condicionado a la no violación del «*estándar mínimo de derechos garantizados en el marco de los Tratados (incluyendo la Carta)*» y cuya salvaguardia correspondería al Tribunal de Justicia.

También de forma análoga a lo que sucede con nuestro ordenamiento constitucional, en el que los Tratados internacionales se insertan en el sistema de fuentes entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico<sup>385</sup>, los Tratados que celebre la Unión se supeditan al Derecho originario<sup>386</sup> y se antepondrían al Derecho derivado y al de los Estados miembros al vincular tanto a las instituciones comunitarias como a éstos últimos conforme al citado artículo 216.2 TFUE.

La Unión Europea puede, pues, celebrar acuerdos internacionales en la esfera de las competencias que le son propias<sup>387</sup>, adherirse a Convenios ya existentes<sup>388</sup> o incluso convertirse en miembro de organizaciones internacionales.

Ello no empece a que los Estados miembros mantengan su capacidad de celebrar Tratados sobre asuntos que no sean de competencia exclusiva de la Unión, siempre que éste se acomode al Derecho comunitario. Sin perjuicio de lo que se desarrollará con posterioridad a propósito del necesario «*ajuste*» de los TBI intra-UE tras *Achmea*, cabe distinguir los dos grupos de Tratados siguientes:

-De una parte, los compromisos o TBIs intra-UE, respecto de los que el Tribunal de Justicia demanda que ya su interpretación, ya los efectos de los mismos, no contravengan los Tratados de la Unión desde el momento en que han de considerarse como «*lex posterior*» en todo caso y, además, en algunos otros, en razón a la primacía del Derecho comunitario.

---

<sup>384</sup> GORDILLO PÉREZ, L.I., «*El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico*», Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, N° 2 (2017), págs. 330-354.

<sup>385</sup> Artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código civil.

<sup>386</sup> No en vano el artículo 281.11 TFUE prevé que caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de un acuerdo con los Tratados éste no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de tales Tratados.

<sup>387</sup> Artículo 216.1 TFUE.

<sup>388</sup> En el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, concluyó su incompatibilidad con el artículo 6.2 TUE y con el Protocolo N° 8 sobre el citado precepto, relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.

-De otra, en lo que hace a los compromisos internacionales suscritos entre Estados miembros con terceros Estados que pudieran resultar incompatibles con los Tratados, ha de tenerse en cuenta que el artículo 351.2 TFUE dispone que «*el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado*». Además, «*en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común*».

### 18.2 La competencia en materia de inversión extranjera directa.

Tras el Tratado de Lisboa, los actos de la Unión en materia de «*inversiones extranjeras directas*» aparecen incluidos dentro del ámbito de la política comercial común<sup>389</sup>. De ello se colige la competencia exclusiva de la Unión para aprobar compromisos con un tercer Estado relativo a las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas de ese tercer Estado en la Unión (y a la inversa) que permitan participar de manera efectiva en la gestión o el control de una sociedad que ejerza una actividad económica.

En tal sentido, afirma HINOJOSA MARTÍNEZ la competencia exclusiva de la Unión Europea a la hora de concluir tratados internacionales en materia de inversión extranjera directa, «*incluso si estos albergan compromisos posteriores al establecimiento y contienen las típicas cláusulas sobre protección de inversiones, como la de tratamiento nacional, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y mecanismos de solución de controversias inversor-Estado/UE*». Añade que la competencia de la Unión Europea sería «*implícita y compartida*» en lo que se refiere a la posibilidad de celebrar APPRIs que «*extiendan su ámbito de cobertura a todo tipo de transacciones financieras (incluidas las inversiones de cartera)*», reputando entonces a tales Tratados como «*acuerdos mixtos*», con la participación de todos los Estados miembros, salvo que estos decidan libremente delegar su competencia convencional en determinadas circunstancias<sup>390</sup>.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia<sup>391</sup>, constituyen inversiones extranjeras directas aquellas que consisten en cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas que sirvan para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica.

---

<sup>389</sup> Artículo 207.1 TFUE.

<sup>390</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «*El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones*», Revista de Derecho Comunitario Europeo, (52), septiembre - diciembre 2015, pág. 906.

<sup>391</sup> En otras, Sentencia *Comisión / Italia* (C-326/07) [§ 35].

Igualmente, se ha advertido que el hecho de que se utilice la mentada expresión manifiesta sin ambigüedad la voluntad de no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común, resultando por ello ajenas a la competencia exclusiva en cuestión<sup>392</sup>.

Ahora bien, lo que también ha sentado el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/15, con ocasión del Acuerdo de Libre Comercio con Singapur, es que escapan a esa competencia exclusiva de la Unión, además de las inversiones distintas de las directas («*en cartera*»), las disposiciones referentes al arreglo de diferencias entre un inversor y un Estado. En particular, respecto de esta última cuestión, realiza las siguientes precisiones:

-En primer lugar, que la posibilidad contemplada en el Acuerdo de someter las diferencias entre «*un demandante de una Parte y la otra Parte en relación con un trato que supuestamente traiga consigo un incumplimiento de lo dispuesto en la sección A (Protección de las inversiones) que supuestamente cause una pérdida o un perjuicio al demandante o a su empresa establecida localmente*» implica sustraerlas a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros y, por tanto, «*no puede tener carácter meramente auxiliar*» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, requiriéndose del consentimiento de los Estados [§285 y 292].

-En segundo término, resalta que la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales así como su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos en lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere [§298]<sup>393</sup>.

-En tercer lugar y al hilo de lo anterior, señala que, del mismo modo, la competencia de la Unión para celebrar acuerdos internacionales implica necesariamente la facultad de someterse a las decisiones de un órgano que, pese a no ser formalmente un órgano jurisdiccional, «*desempeñe esencialmente funciones jurisdiccionales, como el órgano de solución de diferencias creado en el marco del Acuerdo por el que se establece la OMC*» [§299].

-Finalmente y sea como fuere, no entra a analizar en ese caso si resulta compatible el sistema de solución de controversias que se implementa con el principio de autonomía del Derecho de la

---

<sup>392</sup> Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017.

<sup>393</sup> Cita al efecto, entre otros, el Dictamen 1/91, en relación con el Proyecto sobre creación del Espacio Económico Europeo, y el Dictamen 2/13, sobre la adhesión de la Unión al CEDH.

Unión en tanto que no se trataba ésta de cuestión que le hubiere sido sometida por la Comisión<sup>394</sup>.

De lo anterior resulta el carácter «mixto» del Acuerdo en cuestión -predicable también de los que en la misma línea le han seguido- de forma tal que no solo requieren de la aprobación por el Parlamento Europeo sino también habrán de ser firmados y ratificados por todos los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales internas<sup>395</sup>. Como se ha expuesto en apartados precedentes, tales acuerdos de «nueva generación», en virtud de los cuales se instituyen órganos arbitrales permanentes, están llamados a suplir a los tradicionales TBI que a partir de la década de 1990 se generalizaron entre Estados miembros y entre éstos y terceros Estados, abocando a los conflictos que se vienen examinando y cuya solución aun está por dilucidar.

#### **19. Compatibilidad con el Derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los Tratados suscritos por la Unión.**

Examinada la forma en la que se desenvuelve la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional así como la competencia de la Unión Europea para suscribir acuerdos con terceros en materia de inversiones extranjeras, el siguiente paso en la exposición lo constituirá el examen de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la creación de órganos que con carácter jurisdiccional interpreten las disposiciones de tales tratados y resuelvan las controversias que se susciten entre las partes.

En tal sentido, ya en apartados anteriores del presente Capítulo se destacó que por parte de la Unión Europea, a través de la Comisión, se ha venido intensificado en los últimos años la actividad internacional tendente a suscribir Acuerdos comerciales en cuyo seno se crean mecanismos arbitrales que sirvan para resolver las controversias entre inversores y Estados. En ese contexto, el TJUE ha admitido que, en el marco de la competencia relativa a la inversión extranjera directa, se puede atribuir la facultad de resolver la controversia a un órgano que, aunque no sea formalmente un órgano jurisdiccional, desempeñe funciones de tal índole,

---

<sup>394</sup> Tal sistema, en síntesis, permite a los inversores de cada Parte acudir al procedimiento arbitral de solución de controversias aun cuando ya hubieran formulado acción ante los Tribunales de los Estados miembros, siendo así que, en este último caso, habrían de renunciar a la misma.

<sup>395</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57), mayo - agosto 2017, págs. 403-429. Propone que tal «mixtidad» requeriría para evitar el bloqueo por un solo Estado del desgajamiento de «los compromisos en materia de protección de inversiones de los ALC y llevarlos a acuerdos mixtos que complementen a unos ALC “puramente comunitarios”».

llegando a poner como ejemplo el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio<sup>396</sup>. Y en la misma línea, se destacó también por el TJUE, ya en relación con el CETA, que ello no afecta a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión desde el momento en que ni se atribuye al tribunal que crea competencia alguna en materia de interpretación o aplicación del Derecho comunitario ni se encuentra el mismo habilitado para el dictado de laudos que puedan impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de ésta<sup>397</sup>.

La cuestión que en realidad subyace en el examen de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de este tipo de órganos no es otra que la de verificar la afectación del principio de autonomía. Sobre ello se abundará a continuación discuriendo por los distintos enfoques con los que el TJUE ha abordado la cuestión. Se anticipa en todo caso que el rigor que caracterizó los primeros análisis se ha visto dulcificado al compas de la constatación de que la negociación de este tipo de Tratados tiene que venir necesariamente acompañada de la implementación de órganos con capacidad para dirimir conflictos, ajenos a los sistemas jurisdiccionales de los Estados que los ratifican y en la creencia de que existe una mayor confianza de los inversores en la neutralidad de quienes los ventilan.

### **19.1 El carácter mixto de los Acuerdos de Libre Comercio suscritos por la Unión Europea al incluir la regulación de la solución de diferencias entre inversores y Estados.**

Mas allá de las críticas doctrinales que ha merecido, destaca el citado Dictamen 2/15 por la conclusión que se alcanza en torno a la «*mixtidad*» de los Acuerdos de Libre Comercio que se suscriban por la Unión al integrar en su regulación los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados. Ese carácter mixto trae causa de la consideración de tales previsiones normativas como ajenas a la competencia exclusiva de la Unión [§ 305], siendo compartida por los Estados y apareciendo la eventualidad de que la oposición de alguno de ellos aboque a la imposibilidad de ratificar un Acuerdo de estas características.

Es por ello por lo que a partir del año 2015 la Comisión se ha orientado en dos direcciones. De una parte, ha iniciado un proceso de negociación de cara a elaborar un Convenio que establezca un tribunal multilateral para la solución de controversias en materia de inversiones. Ello con la expresa prevención de que, sin perjuicio de la cuestión de su validez o

---

<sup>396</sup> Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, relativo al Acuerdo con Singapur.

<sup>397</sup> Dictamen 1/17, de 30 abril de 2019, en relación con el Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito entre la Unión Europea y Canadá.

aplicabilidad con arreglo al Derecho de la Unión, tanto los TBI intra-UE como la aplicación intra-UE del TCE no entrarán en el ámbito de aplicación de tales directrices<sup>398</sup>. Sorprende que la Comisión anticipase tal cometido aun sin conocerse si este mecanismo es compatible con el Derecho de la Unión y bajo qué parámetros. Adviértase que el propósito declarado sería el de sustituir los mecanismos bilaterales existentes (se calcula que en torno a 1.400 tratados de inversión celebrados por los Estados miembros de la Unión y terceros países) por un órgano permanente (dotado de jueces independientes y de un mecanismo de apelación) que decida sobre las controversias internacionales en materia de inversiones. En realidad, la aspiración sería la de que tal tribunal multilateral de inversiones representase el equivalente a la Organización Mundial del Comercio en lo que se refiere a litigios comerciales.

De otra, ha cambiado la estrategia de negociación de Acuerdos de Libre Comercio. Y es que, para superar los mentados inconvenientes derivados del carácter mixto de los mismos, se trata ahora de separar la cuestión atinente al comercio de la relativa a los mecanismos de solución de controversias. Eso es lo que venía produciéndose en el caso de Australia (cuyas negociaciones se interrumpieron en septiembre de 2021 a raíz del desistimiento en la compra de submarinos a Francia) y también lo que ha sucedido con el Acuerdo con Nueva Zelanda, cuyas negociaciones se dieron por concluidas el 30 de junio de 2022. En su texto definitivo ha de acudirse al Capítulo 26 para encontrar la previsión relativa a la solución de controversias, la cual presenta una notable similitud con el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, traduciéndose, en síntesis, en la posibilidad de las Partes de requerir la constitución de un «*panel*» arbitral para el caso de que las consultas no hayan permitido alcanzar una solución de mutuo acuerdo.

Sea como fuere, repárese en que la asepsia con la que se presenta el mecanismo es tal que no se menciona siquiera al Derecho que ha de regir la decisión del panel. Se colige fácilmente que tal naturalidad en la definición persigue facilitar el consenso en el Acuerdo.

En otro extremo se encuentra el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra. En su artículo 267 prevé los recursos ante el TJUE y, en particular, a propósito de las diferencias en torno a las cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo que «*impongan a una Parte la obligación definida por referencia a una disposición del Derecho de la Unión*», dispone que ha de solicitarse al TJUE que «*dictamine sobre la misma*», suspendiéndose los plazos aplicables a los laudos del Comité Arbitral en tanto que el TJUE se pronuncia. Huelga decir que también se prevé que tal fallo del TJUE será vinculante para el Comité Arbitral.

---

<sup>398</sup> Al respecto, vid. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> [Última visita: 31/7/2022].

## **19.2 El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión como muro de contención a la creación de órganos arbitrales para la solución de controversias.**

Advertía el Abogado General Sr. Bot en sus conclusiones a la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica y que dio lugar al referido Dictamen 1/17 que *«la salvaguarda de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión no es sinónimo de autarquía»*, siendo así que a su juicio solo se requeriría *«que no se menoscabe la integridad de dicho ordenamiento jurídico, basado en gran medida en la competencia del Tribunal de Justicia para determinar con carácter definitivo en qué consiste el Derecho de la Unión y en la colaboración que mantiene a tal fin con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros»* [§ 59].

En coherencia con lo anterior, subrayaba el que un mecanismo de solución de diferencias como el que se prevé en el CETA tiene por objeto garantizar la neutralidad y la autonomía de la resolución de controversias entre inversores y Estados con respecto a los sistemas jurisdiccionales de las Partes contratantes. No parece lógico exigir a las Partes bien que contemplen un mecanismo de intervención previa del TJUE, bien que los laudos se hayan de someter sistemáticamente a un control completo por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte. Y es que, concluye, *«prever tal grado de conexión con el sistema jurisdiccional de las Partes contratantes habría sido contrario a la voluntad de estas últimas de crear un mecanismo de solución de diferencias que, precisamente, estuviera al margen de sus sistemas jurisdiccionales»* [§ 179 y 180].

Sin embargo, el TJUE no se ha venido mostrando tan flexible a la hora de proteger la autonomía del Derecho de la Unión, siendo así que en los sucesivos pronunciamientos que a continuación se abordan ha subrayado aspectos como los que siguen:

-De un lado, que la autonomía no se predica solo en relación con el Derecho de los Estados miembros sino también en lo atinente al Derecho internacional, derivándose de las características esenciales de la Unión y de su Derecho. Este último se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a esos mismos Estados y a sus nacionales. Todas estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí.

-De otro, tal autonomía reside, a su vez, en el hecho de que la Unión aparece dotada de un marco constitucional propio. En este marco se incluyen los valores fundacionales enunciados en el artículo 2 TUE (conforme al cual la Unión «*se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos*»), los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta y las disposiciones del TUE y del TFUE, los cuales establecen las normas de atribución y de reparto de competencias, las normas de funcionamiento de las instituciones de la Unión y del sistema jurisdiccional de ésta así como las normas fundamentales en ámbitos específicos, estructuradas de modo que contribuyen a la realización del proceso de integración al que alude el artículo 1.2º TUE.

Finalmente y para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. Conforme al artículo 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE garantizar tanto la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros como la tutela judicial efectiva, correspondiendo al TJUE la competencia exclusiva de interpretar definitivamente el Derecho comunitario. Con esta finalidad, ese sistema incluye como mecanismo indispensable el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, del cual, como se verá, aparecen precisamente desprovistos los órganos arbitrales.

### **19.3 Límites que impone el principio de autonomía de cara a que que los órganos instituidos para la solución de controversias puedan aplicar o interpretar el Derecho de la Unión.**

La sistematización que el TJUE realiza a propósito de los requisitos a observar por los mecanismos de solución de conflictos en orden a que apliquen o interpreten el Derecho de la Unión permite distinguir lo que sigue:

-En primer lugar, la imposibilidad por parte de tales órganos de entrar a conocer del reparto competencial entre el Estado y la Unión, debiendo el mismo recaer de forma exclusiva en el TJUE. Esto supone que, aunque se admita la existencia de tales mecanismos, les estará en todo caso vedado efectuar cualquier interpretación sobre tal división de competencias no solo directa sino indirectamente.

-En segundo término, la necesidad de respetar el mecanismo esencial que la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE representa. Se trata con esta segunda exigencia de que no se vea alterada la relación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el TJUE, máxime si se tiene en cuenta que sin la cuestión prejudicial la aplicación uniforme del Derecho de la Unión no sería factible. Cabe en este punto subrayar que los órganos arbitrales no pueden plantear cuestiones prejudiciales por más que cierta doctrina le haya tratado de reconocer tal facultad<sup>399</sup>.

-Finalmente, la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión a ejercer de forma monopolística por el TJUE. En el caso de que por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se incurra en cualquier infracción del Derecho comunitario, se prevé que puedan entrar en juego las previsiones de los artículos 258 a 260 TFUE, de acuerdo con los cuales no solo se puede declarar el incumplimiento sino también articular las correspondientes sanciones. Con la salvedad de que expresamente se prevea (de lo cual hasta la fecha no puede ofrecerse ejemplo alguno), cuando se trata de órganos arbitrales, no se contemplan mecanismos que permitan responder a una eventual infracción por los mismos del Derecho de la Unión y, por tanto, ningún control podría desarrollarse por parte del TJUE.

#### **19.4 La proyección de los anteriores límites en la jurisprudencia comunitaria.**

Doctrinalmente, la visión excesivamente rígida del TJUE en torno al principio de autonomía ha sido ampliamente criticada. Cabe citar a IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, quien alude al «diálogo de sordos entre el TJUE y los tribunales de inversión o, peor aun, a un monólogo» a los que una «actitud demasiado protectora puede conducir» afectando negativamente a la «aplicación armoniosa de los distintos ordenamientos jurídicos e intereses en presencia»<sup>400</sup>. O también a MARÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, para quien la autonomía «no es igual que autismo»<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> PASCHALIDIS, P., «*Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*», *Arbitration Internacional*, Nº 0 (2016), págs. 1-23. Razona que los asuntos *Merck Canada* (C-555-13) y *Ascendi* (C-377-13) habilitarían a considerar a los tribunales arbitrales de inversión como órganos investidos de los requisitos de permanencia, establecimiento legal previo y con jurisdicción obligatoria, además respecto de cuyas decisiones no cabe ulterior recurso judicial interno en el sentido del artículo 267.3 TFUE.

<sup>400</sup> IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «*Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (59), enero - abril 2018, pág. 256.

<sup>401</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «*El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (52), septiembre - diciembre 2015, pág. 833.

Como se ha anticipado, el rigor de las exigencias tendentes a salvaguardar al principio de autonomía se ha atenuado en los sucesivos pronunciamientos del TJUE. Se expone a continuación la serie histórica de los principales hitos al respecto y se destaca la forma en la que cada uno de los límites referidos se analiza.

a) El Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo dio lugar al Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991<sup>402</sup>. En lo que ahora interesa, el mismo concluyó que el tribunal que se instituía en el Acuerdo estaba llamado a pronunciarse siquiera de forma indirecta acerca del reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros. En particular, con ocasión de la interpretación que tuviera que dispensar a la expresión «*Parte Contratante*» a la hora de precisar si se refería con ella a la Comunidad, a los Estados miembros o a la Comunidad y los Estados. Afirmó en definitiva que tal interpretación implicaba analizar la atribución competencial y, con ello, se infringía el monopolio que se atribuye al TJUE de cara a garantizar la autonomía del Derecho de la Unión Europea [§ 3.5].

b) En la STJUE de 30 de mayo de 2006, *Comisión c. Irlanda (C-459/03)*, se declaró el incumplimiento por parte de Irlanda de las obligaciones que le incumbían en virtud, entre otros, de los artículos 10 y 292 TCE, al promover un procedimiento de solución de controversias con el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). Ello en lo que atañía a la fábrica MOX establecida en Sellafield (Reino Unido).

Se subraya por el TJUE que el hecho de someter una controversia de esta naturaleza a un órgano como el tribunal arbitral supone el «*riesgo de que un órgano judicial que no es el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el alcance de obligaciones que impone a los Estados miembros el Derecho comunitario*» [§ 177]. Precisa asimismo que la «*obligación de estrecha cooperación en el marco de un acuerdo mixto implicaba*» para Irlanda un «*deber de información previa a las instituciones comunitarias competentes y de consulta previa a tales instituciones antes de iniciar un procedimiento de solución de la controversia relativa a la fábrica MOX en virtud de la Convención*» [§ 179].

---

<sup>402</sup> La incompatibilidad con el Derecho de la Unión en el mismo apreciada abocó a la renegociación, introduciéndose modificaciones en el sistema jurisdiccional y, entre ellas, la sustitución del mecanismo de solución de controversias de carácter jurisdiccional por un sistema de naturaleza política que permitía acceder al TJUE y al arbitraje. Ya en el Dictamen 1/92 concluyó el TJUE la compatibilidad de la nueva redacción con el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En definitiva, la protección a dispensar al principio de autonomía lleva en este caso al TJUE a valorar que ya solo la posibilidad de interpretar el Derecho de la Unión en lo que hace al alcance de las obligaciones impuestas a los Estados supone su vulneración. Así las cosas, desde el momento en que se promovió por Irlanda el procedimiento de arbitraje, con independencia del pronunciamiento del mismo, se estaba incumpliendo la mentada exigencia.

c) En el Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, el TJUE da respuesta a la solicitud presentada por el Consejo de la Unión Europea a propósito de la compatibilidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes (denominado Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes). La conclusión alcanzada en torno a la incompatibilidad fue categórica. A ello contribuyeron dos circunstancias:

-De un lado, el aspecto atinente a la imposibilidad de plantear por tal tribunal cuestión prejudicial o el que sobre esa concreta materia los órganos jurisdiccionales nacionales se vieran privados de la posibilidad de hacerlo. Se razona al respecto que *«si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no tiene atribuida competencia para pronunciarse sobre acciones directas entre particulares en materia de patentes, ya que dicha competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, estos últimos no pueden atribuir la competencia para resolver esos litigios a un órgano jurisdiccional creado por un acuerdo internacional, que privaría a los referidos órganos jurisdiccionales de su función de aplicar el Derecho de la Unión, en condición de jueces “ordinarios” del ordenamiento jurídico de la Unión, y, como resultado, de la facultad, o en su caso la obligación, prevista en el artículo 267 TFUE, de plantear cuestiones prejudiciales en el ámbito considerado»* [§ 80].

-De otro, en relación con el control del cumplimiento del Derecho de la Unión, se advierte que así como cuando un órgano jurisdiccional nacional comete una infracción del Derecho de la Unión, las disposiciones de los artículos 258 TFUE a 260 TFUE prevén la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia para la declaración de ese incumplimiento por parte del Estado miembro interesado [§ 87], en el caso del Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes, una resolución *«que infringiera el Derecho de la Unión no podría ser objeto de un procedimiento por incumplimiento, ni generar responsabilidad patrimonial alguna imputable a uno o a varios Estados miembros»* [§ 88]. Y es que ningún mecanismo de control se preveía para los supuestos en los que, por ejemplo, se apartara de la doctrina del TJUE, siendo así que éste se vería privado de la posibilidad de controlar y preservar la naturaleza misma del Derecho de la Unión, desvirtuándose, a su vez, su monopolio interpretativo.

d) Con el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, el TJUE declara incompatible tanto con el artículo 6.2 TUE como con el Protocolo N° 8 del CEDH el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH. La línea de razonamiento afecta en este caso a las tres exigencias con las que el TJUE trata de salvaguardar al principio de autonomía.

De entrada, el TEDH aparecería facultado en el Proyecto para aplicar e interpretar normas que regulan el reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros desde el momento en que se le habilita para elegir a quién llevar al procedimiento a través de una invitación no vinculante (a la Unión, a los Estados miembros o a ambos). El peligro que se observa es que *«tal control podría interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros»* [§ 219 a 225].

Asimismo, aflora el aspecto relativo a la cuestión prejudicial. Se atiende en tal sentido al Protocolo N° 16 del CEDH, conforme al cual se permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos. Se razona entonces que, con la adhesión, el CEDH pasa a formar parte del Derecho de la Unión y, en consecuencia, el mecanismo que se introduce por el citado Protocolo afectaría a la autonomía y la eficacia de la cuestión prejudicial (en particular, en relación con los derechos que reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que se correspondan con los también reconocidos en el CEDH). Consiguientemente, no podría excluirse que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo N° 16 por un órgano jurisdiccional nacional aboque al procedimiento de *«intervención previa»* del TJUE, generándose el riesgo de preterir la cuestión prejudicial toda vez que nada se ha previsto en el Proyecto a propósito de la forma en la que articular ambos mecanismos [§ 196 a 200].

En lo que se refiere al control del Derecho de la Unión, este tercer requisito se escenifica en el análisis que se efectúa en el Dictamen 2/13 en relación con los artículos 344 TFUE y 33 CEDH. Se destaca que, con arreglo al TFUE, no cabe que los Estados miembros sometan controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. Se resalta que, aun cuando con arreglo al Proyecto, los procedimientos ante el TJUE no se consideren *«modos de solución de controversias»* a los que las Partes Contratantes renuncian conforme al CEDH, no basta para preservar la competencia exclusiva del TJUE. Y es que el Proyecto dejaría subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una supuesta violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la

Unión en relación con el Derecho de la Unión. Tal posibilidad vulnera las exigencias del TFUE y de ahí que el Proyecto solo sería compatible con el TFUE si la competencia del TEDH estuviese expresamente excluida respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión en relación con la aplicación del CEDH en el marco del Derecho de la Unión, circunstancia ésta que no se contempla [§ 205 a 214].

e) El último paso en el recorrido por los pronunciamientos que marcan la evolución del TJUE en la defensa del principio de autonomía cuando se trata de instituir órganos encargados de resolver controversias viene dado por el Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019. Como ya se ha expuesto, se emite con arreglo al artículo 218.11 TFUE y en relación al CETA. En el mismo se encuentra presente el análisis de los tres requisitos citados.

En lo que se refiere al primero, observa que la falta de competencia del Tribunal del CETA para interpretar normas del Derecho de la Unión que no sean las disposiciones del CETA se reflejaría en el artículo 8.21 del Acuerdo, que atribuye a la Unión, y no al Tribunal del CETA, la facultad de determinar, cuando un inversor canadiense pretenda impugnar medidas adoptadas por un Estado miembro o por la Unión, si, habida cuenta de las normas sobre el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, la diferencia debe dirigirse contra ese Estado miembro o contra la Unión. Concluye el TJUE que *«de este modo se preserva la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para resolver sobre el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros»*. Residencia en tal aspecto la diferencia con el Proyecto objeto del Dictamen 2/13 toda vez que en aquél el TEDH podía elegir a quién llevar ante el Tribunal (a la Unión, a los Estados miembros o a ambos) [§ 132].

Por lo que respecta a la cuestión prejudicial, se advierte de una notable evolución en la posición del TJUE. Ello en la medida en que acepta que no exista un mecanismo adecuado de participación previa entre el Tribunal del CETA y el TJUE toda vez que aquél sólo interpretaría el Derecho de la Unión como una *«cuestión de hecho»*, argumento éste que deviene decisivo para que se concluya la compatibilidad con el Derecho de la Unión. Se razona en tal sentido que cuando el Tribunal del CETA *«deba examinar la conformidad con el CETA de la medida impugnada por el inversor que ha sido adoptada por el Estado de acogida de la inversión o por la Unión, habrá de proceder necesariamente a un examen del alcance de dicha medida sobre la base de la información y las alegaciones que presenten ese inversor, ese Estado o la Unión. En su caso, ese examen podrá requerir que se tome en consideración el Derecho interno de la Parte demandada. Pues bien, como indica inequívocamente el artículo 8.31, apartado 2, del CETA, dicho examen no podrá equipararse a una interpretación de dicho Derecho por el Tribunal del CETA, sino que consistirá, por el contrario, en una toma en consideración de ese*

*Derecho como elemento de hecho. En este contexto, dicho Tribunal estará obligado a seguir la interpretación dominante de ese Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la mencionada Parte, y dichos órganos jurisdiccionales y autoridades no estarán vinculados, por lo demás, por el sentido que dé a ese Derecho interno el mencionado Tribunal» [§ 131].*

Repárese no obstante en que, si bien es cierto que no existe una vinculación ya del TJUE, ya de los órganos jurisdiccionales nacionales a la interpretación que efectúe el Tribunal del CETA, sí que se colige que los Estados miembros vendrían obligados a respetar tal interpretación, adaptando su legislación con el fin de evitar ulteriores reclamaciones.

Es sustancial la evolución que representa el que ahora no suponga obstáculo alguno la no previsión de un procedimiento de intervención previa que faculte u obligue al Tribunal del CETA o al Tribunal de Apelación a dirigirse al TJUE con carácter prejudicial. Apartándose de lo expresado en el Dictamen 2/13, se sostiene que ello no es necesario dado que no pertenecen al sistema jurisdiccional de la Unión y su competencia de interpretación se limita a las disposiciones del CETA conforme a las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes [§ 134]. Aun más. Ningún problema suscitaría tampoco el que cuando resuelva el Tribunal de CETA de forma definitiva la diferencia que le someta un inversor contra el Estado de acogida de la inversión o contra la propia Unión aun sin que medie un procedimiento de revisión del laudo por un órgano jurisdiccional de ese Estado o por el TJUE [§ 135]. Todo se fundamenta, cabe insistir, en que el CETA no atribuye a los tribunales que crea *«ninguna competencia de interpretación o de aplicación del Derecho de la Unión que no sea la relativa a las disposiciones de dicho Acuerdo»* [§ 136].

Y todo ello sobre la base de que el Derecho de la Unión se toma como una cuestión de hecho y en el entendimiento de que la separación entre ambos ordenamientos es real. Esto es, mientras que los órganos jurisdiccionales nacionales mantengan la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales y las decisiones de los Tribunales que instituye el CETA no tienen efecto directo, no se verá afectado el principio de autonomía.

Piénsese, sin embargo, en que el Estado miembro de acogida de la inversión puede enfrentar un conflicto de obligaciones. Ello por cuanto el Tribunal del CETA, dado que no existe mecanismo de cooperación entre Tribunales, puede declarar incompatible con el CETA alguna medida adoptada con arreglo a su Derecho interno. Al hacerlo puede, además, interpretarla en distinta forma que lo hace el TJUE. Pues bien, en tal caso el Estado se vería en la tesitura ya de atenerse a la interpretación del TJUE y mantenerse dentro del cumplimiento del

Derecho de la Unión (evitando un eventual procedimiento de infracción), ya de acatar lo resuelto por el Tribunal del CETA y, en su caso, indemnizar por el trato dispensado al inversor.

Derivado de lo anterior y por lo que se refiere al último de los requisitos a los que se viene aludiendo, el control del Derecho de la Unión, los razonamientos expuestos servirían también al TJUE para descartar el peligro toda vez que los laudos de los órganos que instituye el CETA carecen de efecto vinculante y se limitan a considerar el Derecho interno, incluido el de la Unión, como una «*cuestión de hecho*». Quedaría en todo caso abierto, se insiste, el supuesto en el que esos órganos se aparten o eludan la interpretación del TJUE toda vez que no existe mecanismo prejudicial o de control sobre los mismos.

### **19.5 Estado de situación de la cuestión.**

Como corolario del análisis efectuado, cabe afirmar que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la Unión es, en principio, compatible con el Derecho comunitario. Ello por cuanto la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos llevan consigo la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos por lo que se refiere a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones.

Los órganos arbitrales no se integran en el engranaje jurisdiccional comunitario (tampoco en el de los otros Estados contratantes). Al mismo tiempo, los órganos jurisdiccionales de la Unión no tienen primacía respecto de lo que aquellos resuelvan (o puedan resolver los órganos jurisdiccionales de esos otros Estados). Los acuerdos internacionales suscritos por la Unión forman parte del Derecho de la Unión y pueden ser objeto de cuestión prejudicial<sup>403</sup>, pero afectan del mismo modo a esos terceros Estados y, por ende, también pueden ser interpretados por sus órganos jurisdiccionales.

La determinación de si un mecanismo de solución de controversias resulta compatible con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario deberá resolverse caso por caso. La forma en la que se efectuado ese control por parte del TJUE revela un carácter cada vez más flexible, menos riguroso, prescindiéndose a partir del Dictamen 1/17 de la exigencia de aspectos tales como el necesario mecanismo prejudicial o el preceptivo control sobre la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión que efectúen tales órganos. El recurso a la consideración

---

<sup>403</sup> Por todas, Sentencia *Aebtri* (C-224/16) [§ 50].

del Derecho de la Unión exclusivamente como «*cuestión de hecho*» ha allanado el camino. En todo caso, sigue, al menos de momento, demandándose lo siguiente:

-De una parte, el que no se atribuya a los órganos creados competencias de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distintas de las de interpretar y aplicar las disposiciones del acuerdo que los instituye a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las partes.

-De otra, que no configure las competencias de dichos tribunales de modo que estos, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas del Derecho de la Unión que no sea las de dicho acuerdo que los instituya, puedan dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de ésta.

Los parámetros que hasta entonces habían regido el control a través del principio de autonomía se reiteran en el asunto *Achmea*, al que se dedica el siguiente apartado. Ello pese a que el caso es sustancialmente distinto a los hasta ahora analizados. No en vano no se estaba ante un órgano de Derecho internacional que pudiera desafiar el monopolio del TJUE sino ante un TBI intra-UE que instituya un mecanismo para resolver controversias. La clave, como se verá, se centrará en esta ocasión en que ese órgano arbitral aparecería facultado para interpretar el Derecho de la Unión y, por ende, potencialmente amenazar tal exclusividad.

## **20. El asunto *Achmea*<sup>404</sup>. El final de los TBI intra-UE.**

### **20.1 Contexto fáctico y pronunciamiento del TJUE.**

La defensa a ultranza de la autonomía del Derecho comunitario se escenifica en el asunto *Achmea* al declarar que las cláusulas arbitrales incluidas en un TBI intra-UE no resultan compatibles con el Derecho de la Unión. Tal Sentencia da respuesta a tres cuestiones prejudiciales de interpretación de los artículos 18, 267 y 344 del TFUE planteadas por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> Sentencia *Achmea* (C-284-16).

<sup>405</sup> Ello en el marco de un litigio entre la República Eslovaca y Achmea BV en relación con un laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012 emitido por el tribunal previsto en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.

El supuesto fáctico que se analiza trae causa de la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados, dejada parcialmente sin efecto por la República Eslovaca en 2006 y que supuso la imposibilidad de distribuir beneficios derivados de tales actividades. Dos años antes, Achmea, empresa perteneciente a un grupo asegurador neerlandés, había constituido en Eslovaquia una filial a la que dotó de capital y a través de la cual ofrecía prestaciones de seguro de enfermedad privado en el mercado eslovaco. Los perjuicios irrogados fueron analizados por un órgano arbitral constituido conforme al artículo 8 del TBI suscrito en 1991 entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos, y que aseguraba un trato justo y equitativo a las inversiones. Establecido Fráncfort del Meno (Alemania) como lugar del arbitraje y el Derecho alemán como aplicable al procedimiento arbitral, los árbitros fijaron una indemnización de 22,1 millones de euros.

El planteamiento del TJUE es simple. Los órganos arbitrales constituidos para garantizar el trato justo y equitativo de las inversiones deben «*tener en cuenta en particular [...] el Derecho vigente en la Parte contratante afectada y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes*» [§ 40]. Consiguientemente, «*podrá[n] verse obligado[s], en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales*» [§ 42]. Sin embargo y al mismo tiempo, tales órganos arbitrales –por el carácter excepcional de su jurisdicción– no se integran en los sistemas judiciales de los Estados parte en el TBI [§ 45] y, por tanto, no pueden ser calificados como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE [§ 46].

A lo anterior debe añadirse la circunstancia de que sus decisiones son definitivas y solo cabe control judicial jurisdiccional nacional respecto de las mismas en la medida en que lo permita el Derecho nacional (lo que en el asunto en concreto no estaba contemplado y, en todo caso, habría de circunscribirse a aspectos tales como la validez del convenio de arbitraje, habida cuenta de la ley aplicable, o con el respeto del orden público al reconocer o ejecutar el laudo arbitral) [§ 51 a 53].

La consecuencia de todo ello es que, a diferencia de lo que sucedería con el arbitraje comercial<sup>406</sup>, tanto el principio de confianza mutua como la «*preservación del carácter propio del derecho establecido por los tratados*» se oponen a un mecanismo de resolución de controversias que no se haya de ventilar ante un órgano jurisdiccional perteneciente al sistema

---

<sup>406</sup> Matiz que introduce para advertir de su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y respecto del que el TJUE ha avalado un control de sus laudos de «*carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia*» [por todas, Sentencia Eco Swiss, (C-126/97)].

judicial de la Unión. Concluye así que los artículos 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un Tratado internacional celebrado entre Estados miembros (como el artículo 8 del TBI concernido) conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado.

Estos razonamientos se reiteran en lo esencial en la más reciente Sentencia *Komstroy*<sup>407</sup>, relativa a cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París y que tenía por objeto interpretar los artículos 1.6 y 26.1 TCE<sup>408</sup>. Se afirma que un tribunal arbitral como el previsto en el artículo 26.6 TCE «*debe interpretar, e incluso aplicar, el Derecho de la Unión*», siendo así que el órgano en cuestión no está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea y, por tanto, sus resoluciones no quedarían sometidas a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de las normas de la Unión [§ 50 a 52]. La consecuencia es que, «*mediante la celebración del TCE, la Unión y los Estados miembros partes del mismo habrían establecido un mecanismo de resolución de tal controversia que podría impedir que esta sea dirimida, a pesar de que pudiera referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho*» [§ 60]. De lo anterior se deduce que, aunque el TCE pueda obligar a los Estados Parte a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también Partes contratantes de dicho Tratado respecto de inversiones que estos hayan realizado en dichos Estados, «*la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho de la Unión se opone a que el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí*» [§ 65]. En suma, el artículo 26.2 c) TCE «*debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro*» [§ 66].

## 20.2 Consecuencias institucionales de la Sentencia *Achmea*.

Se avanzó que a raíz de la Sentencia *Achmea* fue adoptado en el seno de la Unión Europea el compromiso de finalización de los APPRIS plasmado en la Declaración plurilateral efectuada por veintidós Estados miembros el 15 de enero de 2019. Conviene poner de relieve que un día después, el 16 de enero de 2019, se hicieron públicas otras dos Declaraciones.

---

<sup>407</sup> Asunto *Komstroy* (C-741-19).

<sup>408</sup> Ello en el marco de un litigio entre la República de Moldavia y *Komstroy LLC*, en relación con la competencia de un tribunal arbitral «*ad hoc*» que dictó un laudo en París el 25 de octubre de 2013.

-De un lado, la denominada «*Declaración de los cinco*», realizada por Suecia, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Eslovenia. En la misma se circunscriben los efectos de la Sentencia *Achmea* a la interpretación del Derecho de la Unión en relación con una cláusula de arbitraje inversor-Estado en un TBI y se subraya que nada se prevé en torno a la cláusula de arbitraje inversor-Estado en el TCE. De hecho, expresa que ante la ausencia de un pronunciamiento específico del TJUE sobre tal particular, no resulta adecuado expresar opiniones sobre la compatibilidad (o falta de ella) de la cláusula de arbitraje inversor-Estado en el TCE y la legislación de la Unión.

-De otro, la Declaración de Hungría, que llegaba a afirmar de forma expresa que el asunto *Achmea* no afecta a ningún procedimiento de arbitraje pendiente o futuro iniciado en virtud del TCE.

Pues bien, la citada Declaración de los veintidós Estados se ha traducido en el Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión intra-UE («*Acuerdo de terminación*») suscrito el 5 de mayo de 2020 -con vigencia desde el 29 de agosto- por hasta veintitrés Estados miembros y entre los que se encuentra España<sup>409</sup>. Varios aspectos interesa en este punto destacar en torno al mismo:

a) En primer lugar, tal y como se anticipó y ante las dudas que se han reflejado en las citadas Declaraciones, se señala en sus Considerandos que «*la Unión Europea y sus Estados miembros tratarán*» la problemática relativa al artículo 26 TCE «*con posterioridad*». De esta forma, no se enfrenta la decisiva cuestión relativa a si resulta o no contrario al Derecho de la Unión el que un inversor comunitario recurra al sistema arbitral que en el mentado precepto se configura para ventilar una disputa contra un Estado miembro.

b) En segundo término, con el Acuerdo se dan por terminados los TBIs intracomunitarios que se relacionan en el Anexo A. Igualmente, se pone fin a las Cláusulas de Remanencia (artículo 3) de los TBI enumerados en el Anexo B de forma tal que «*no surtirán efectos jurídicos*». Y, además, se confirma que «*las Cláusulas de Arbitraje son contrarias a los Tratados de la UE y, por lo tanto, no son aplicables*». A resultas de esto último, a partir de la fecha en la adhesión a la Unión Europea, las cláusulas de arbitraje no podrán servir de base jurídica para los procedimientos de arbitraje (artículo 4.1).

---

<sup>409</sup> El texto fue publicado en el DOUE núm. 169, de 29 de mayo de 2020 (páginas 1 a 41). También puede encontrarse en el BOE núm. 259, de 30 de septiembre de 2020.

c) En tercer lugar, en relación con los procedimientos de arbitraje pendientes así como en lo que hace a los nuevos, se establece que los Estados miembros deberán, mediante cooperación mutua y basándose en la declaración que figura en el Anexo C, informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la Sentencia *Achmea* según se describen en el artículo 4. Asimismo, se dispone que cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un TBI, habrán de «solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir» (artículo 7).

d) Finalmente, el artículo 10 del Acuerdo se ocupa de regular el acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales a través de los «recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional» y «contra toda medida impugnada en un Procedimiento de Arbitraje Pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado», siempre que renuncie al procedimiento de arbitraje pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del pertinente TBI o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado, pero aún no ejecutado definitivamente, y se comprometa a abstenerse de iniciar un nuevo procedimiento de arbitraje. Asimismo, se requeriría que el acceso al órgano jurisdiccional nacional sirva para presentar una demanda basada en el Derecho nacional o de la Unión y, en su caso, que no se haya alcanzado ningún acuerdo de conciliación a raíz del diálogo estructurado conforme al artículo 9.

Sea como fuere, está por ver el verdadero alcance del Acuerdo de terminación. Y es que, de una parte y tal y como se expondrá seguidamente, han sido ya varios hasta los órganos arbitrales CIADI que rechazan sentirse concernidos y mantienen su jurisdicción. De otra, tal y como se observa por YUSUF y TAN<sup>410</sup>, la terminación no podría desconocer las legítimas expectativas de los inversores o sus derechos adquiridos, siendo así que, además, podrían plantearse desafíos en lo que se refiere a la ejecución de los laudos dictados en virtud de los TBI intra-comunitarios.

Aun más. La Comisión ha venido formulando emplazamientos, entre otros países, a Austria, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Rumania e Italia. Ello con el fin de que por parte de estos Estados miembros se rescindan los TBI intra-UE que tienen suscritos<sup>411</sup>. Llama la atención el caso de Suecia y Rumanía por cuanto Suecia no habría aun suprimido en la práctica

---

<sup>410</sup> YUSUF, G. y TAN, G., «*United Utilities (Tallinn) BV v. Estonia. ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?*», ICSID Review, Vol. 35, N° 1-2 (2020), págs. 195 y 196.

<sup>411</sup> En tal sentido, vid. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_21\\_6201](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_6201) [Última visita 31/7/22].

todos los efectos jurídicos que el TBI con Rumanía genera desde que surgió su incompatibilidad con el Derecho de la Unión (y en cuyo contexto, debe recordarse, se suscita el asunto *Micula*). Esto habría permitido a los órganos arbitrales adoptar una opinión propia sobre la validez del TBI, manteniendo hasta ahora su aplicabilidad y aceptando la competencia sobre la base de sus disposiciones. De ahí que la Comisión inste a Suecia a tomar todas las medidas necesarias para que su TBI con Rumanía deje de producir efectos jurídicos, teniendo en cuenta la incompatibilidad del TBI con el Derecho de la Unión.

### **20.3 Resistencia a aplicar la Sentencia *Achmea* por parte de los órganos arbitrales.**

Expuesta la decisión que en el asunto *Achmea* el TJUE adopta y las consecuencias que desde el punto de vista institucional ha traído consigo, una visión de conjunto de la cuestión resultaría incompleta si no se alude a las reticencias que han venido mostrando los órganos arbitrales a la hora de declinar su jurisdicción o, lo que es lo mismo, expresar que no se sienten concernidos por el pronunciamiento de la Gran Sala.

No es difícil encontrar argumentos en contra de la posición del TJUE en *Achmea*, motivada quizá por su notable celo en la protección del principio de autonomía. De hecho, ya el propio Abogado General Sr. Wathelet las proporcionaba en sus conclusiones. Se consideraba en las mismas que «una controversia entre un inversor neerlandés y la República Eslovaca contemplada en dicho TBI no es una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados UE y FUE» [§ 228]. Y, yendo aun más lejos, señalaba que el recurso al arbitraje, lejos de expresar una desconfianza hacia el sistema jurídico del otro Estado miembro, «es la única vía para dotar de un efecto útil y pleno a los TBI, creando un fuero especializado donde los inversores pueden invocar los derechos que les confieren los TBI».

El TJUE se distanció de forma palmaria de tales conclusiones. Sin embargo, sobre la base de argumentos análogos, órganos arbitrales vienen apartándose del criterio de la Gran Sala y afirman su jurisdicción pese a *Achmea*.

Tal es el caso del asunto *UP and CD Holding Internationale v. Hungary*<sup>412</sup>. Pese a haberle sometido la cuestión relativa a su falta de jurisdicción tras *Achmea*, el órgano arbitral rechazó tal planteamiento por cuanto la fuente de tal jurisdicción venía dada por el Convenio

---

<sup>412</sup> *UP and CD Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case N° ARB/13/35. La reclamación de la entidad francesa se fundaba en la pretendida expropiación de su filial húngara por mor de reformas normativas que diluyeron su actividad comercial en el mercado de la alimentación en Hungría. Se alegaban como infringidos los artículos 3 y 5.2 del TBI entre Francia Hungría al considerar que se había vulnerado la obligación de conceder un trato justo y equitativo.

CIADI y, por tanto, se generaba en un contexto de Derecho internacional público y no nacional o regional. También destacaba estas diferencias con el asunto *Achmea*:

-El Derecho alemán entraba en juego en el procedimiento de *Achmea* por cuanto se había establecido Fráncfort del Meno (Alemania) como lugar del arbitraje y el Derecho alemán y las Reglas de la CNUDMI como aplicables al procedimiento arbitral. Por el contrario, en este caso operaban exclusivamente el Convenio CIADI y las reglas de arbitraje del CIADI.

-Cabía revisión judicial por los órganos jurisdiccionales alemanes en el asunto *Achmea* mientras que en el supuesto analizado únicamente cabía la anulación conforme al artículo 52 del Convenio CIADI. De hecho, el propio planteamiento del TJUE respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán.

Otro tanto sucede en el arbitraje *United Utilities (Tallinn) BV v. Estonia*<sup>413</sup>. El órgano arbitral fundó su jurisdicción en el Convenio del CIADI y en el propio consentimiento de las partes al ratificar el TBI. Consiguientemente, la cuestión de la jurisdicción solo había de examinarse desde la perspectiva del Derecho internacional público en materia de nulidad, terminación o suspensión de los Tratados. Se observó al efecto que el Tratado no había sido terminado conforme al artículo 65 de la Convención de Viena; tampoco implícitamente terminado o suspendido *ex* artículo 59.1 de la Convención ni se estaba ante un supuesto de aplicación sucesiva de Tratados del artículo 30.3 de la Convención.

Asimismo, se subrayó que *Achmea* solo puede ser considerada desde la perspectiva del Derecho de la Unión y, por tanto, al operar en este caso en un plano de Derecho internacional público, no le vinculaba. Y, de forma coincidente con las mentadas conclusiones del Abogado General en el asunto *Achmea*, reseñó que el artículo 19 TUE sólo confiere competencia exclusiva al TJUE cuando se trata de la aplicación del TUE o del TFUE, circunstancia que no considera concurra en el supuesto en cuestión dado que se está ante un procedimiento arbitral basado en el Convenio del CIADI.

Lo que precede escenifica que, de forma paralela a los órganos jurisdiccionales nacionales o a la propia actividad normativa de los Estados miembros (indiscutiblemente vinculados a lo resuelto por el TJUE en *Achmea*), los órganos arbitrales (fundamentalmente, los constituidos conforme al CIADI) se muestran poco favorables a apreciar su falta de jurisdicción.

---

<sup>413</sup> *United Utilities (Tallinn) BV v. Estonia*, ICSID Case N° ARB/14/24. La reclamación traía causa de la gestión del abastecimiento de agua y alcantarillado de Tallin (Estonia) por parte de una entidad holandesa y su filial estonia. Las modificaciones por parte del regulador estonio de las tarifas del agua llevaron a entender violadas las legítimas expectativas y la consiguiente vulneración del TBI.

Y es que, como señalan HODGSON y RIVERA<sup>414</sup>, laudos como el de *UP and CD Holding Internationale v. Hungary* demuestran los límites de un sistema configurado para ser autónomo, pudiéndose defender que solo sus diseñadores pueden cambiar tal circunstancia. De ahí la resistencia a los desafíos del sistema tradicional de solución de controversias entre inversores y Estados.

#### **20.4 Implicaciones del asunto *Achmea* en la anulación y ejecución de laudos.**

Resuelta la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof, BGH*) en los términos que se han expuesto, restaría por analizar las consecuencias que la respuesta dada por el TJUE en *Achmea* ha de tener en lo que se refiere a la anulación y ejecución de laudos ya dictados.

En tal sentido, resulta de interés partir de lo que decidió el órgano jurisdiccional alemán en el caso concreto<sup>415</sup>. Y es que el BGH reafirmó la posición del Derecho en la Unión en la cúspide de la jerarquía normativa, destacando que, como consecuencia de la adhesión, se renuncia por los Estados miembros a la capacidad para aplicar Tratados internacionales que resulten incompatibles con el Derecho de la Unión. Se aboca, pues, a la imposibilidad de dar cumplimiento a aquellos laudos que resulten contrarios al Derecho de la Unión y, como quiera que el TBI del que derivaba el órgano arbitral concernido lo era, éste resultó anulado con base en el artículo 1059(2) N° 1 a) del Código de Procedimiento civil alemán al entender que no existía acuerdo válido de arbitraje entre las partes.

##### **20.4.1 Anulación de laudos.**

Enfrentar las consecuencias del asunto *Achmea* en la anulación de laudos arbitrales dictados por órganos instituidos en virtud de TBIs intra-UE requiere de dos precisiones previas. De un lado, dado que a través de la anulación se pretende dejar sin efecto el laudo ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde tal arbitraje haya tenido lugar, entra en juego la ley de ese lugar del arbitraje («*lex arbitri*» o «*lex fori*»). Esta circunstancia, como seguidamente se expondrá, resultará en buena medida decisiva a la hora de que prospere tal anulación según se pretenda dentro o fuera de un Estados miembros de la Unión Europea.

---

<sup>414</sup> HODGSON, M. y RIVERA, E., «*UP and CD Holding Internationale v. Hungary: Achmea is not the end of intra-UE ICSID Arbitration*», *ICSID Review*, Vol. 35, N° 1-2 (2020), págs. 205.

<sup>415</sup> *Bundesgerichtshof (BGH)*, I ZB 2/15, *Slovak Republic v. Achmea BV*.

De otro, como parámetros a considerar a la hora de fijar las causas de anulación habría de tenerse en cuenta el marco general que representa la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>416</sup>. En su artículo 34, bajo el epígrafe «*la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*», contempla como causas de anulación el que el acuerdo de arbitraje «*no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado*» (artículo 34.2 a) i)); el que «*según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje*» (artículo 34.2 b) i)) así como el que el laudo sea «*contrario al orden público de este Estado*» (artículo 34.2 b) ii)). Tales causas, tal y como se expone a continuación, permiten evaluar las consecuencias de *Achmea* una vez dictado el laudo y desde la perspectiva del Estado del lugar del arbitraje y conforme al Derecho que le resulta de aplicación.

Lo anterior presenta una relevante excepción. Se trata de los laudos dictados en el marco del Convenio CIADI habida cuenta de que éste representaría un compartimento estanco, desvinculado de cualquier otro ordenamiento y cuyas decisiones no admiten revisión por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados que lo ratificaron.

Es por ello que cuanto a continuación se expone resulta de aplicación a los laudos arbitrales que se hayan dictado en el marco de la Convención Nueva York (a través de la cual se hacen efectivos los laudos CNUDMI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo). Se suscita en estos casos si el Estado condenado en el laudo puede pretender su anulación invocando su incompatibilidad con la legislación de la Unión. La respuesta será distinta según que el órgano arbitral se encuentre dentro o fuera de la Unión.

a) En aquellos casos en los que el laudo ha sido dictado por un órgano instituido dentro de la Unión Europea, rige forzosamente el Derecho de la Unión como «*parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros*» y, al mismo tiempo, como derivado de «*un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros*».<sup>417</sup> Consiguientemente, no resulta difícil predecir que pueda prosperar la petición de nulidad del laudo desde el momento en que el acuerdo de arbitraje «*no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado*» (artículo 34.2 a) i) de la Ley Modelo de la CNUDMI). Y es que la Sentencia *Achmea* sienta que han de prevalecer, en

---

<sup>416</sup> Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Hasta 85 Estados, entre ellos España, han aprobado su legislación con base en la misma.

<sup>417</sup> Sentencia *Achmea* [§ 41].

caso de conflicto, las obligaciones asumidas por el Estado miembro a raíz de la adhesión y, con ello, deben decaer los compromisos derivados de un TBI que instituyera el arbitraje.

A lo anterior ha de añadirse que podría considerarse causa de nulidad del laudo el que este sea «*contrario al orden público de este Estado*» (artículo 34.2 b) ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI). Repárese que en *Achmea* el TJUE interpreta que no cabe que un inversor de un Estado miembro pueda someter a un tribunal arbitral una controversia sobre inversiones realizadas en otro Estado miembro. Y no cabe porque es contrario al orden de competencias fijado por los Tratados y, por ende, a la autonomía del sistema jurídico de la Unión<sup>418</sup>. Cabe recordar que en el asunto *Eco Swiss v. Benetton*<sup>419</sup> el TJUE concluyó la posibilidad de anular un laudo arbitral con base en la inobservancia de normas nacionales de orden público, siendo así que fácilmente podrán residenciarse en aquéllas las que se refieren a los principios generales del Derecho de la Unión.

b) Por lo que respecta a los laudos dictados por órganos instituidos fuera del territorio de la Unión, aparece como lo más plausible el que los órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión no otorguen efectos a la Sentencia *Achmea*. Ello en la medida en que el Derecho de la Unión no rige en el arbitraje y, por tanto, nada obsta a que se someta la cuestión al órgano arbitral.

#### **20.4.2 Ejecución de laudos.**

Sin perjuicio de cuanto se expondrá en el apartado 22, ya a propósito de la ejecución de laudos y su interrelación con el régimen de ayudas de Estado, resulta de interés anticipar ahora que ha distinguirse entre el reconocimiento y ejecución de los laudos conforme a la Convención Nueva York y aquellos que se rigen por el Convenio CIADI. Nuevamente, resultará de suma importancia diferenciar el que tal ejecución se inste dentro o fuera de la Unión Europea.

a) De una parte, en lo que a la ejecución dentro un Estado miembro respecta, cuando se trata de un laudo en el marco del Convenio CIADI, éste se ejecuta sin sujeción a revisión judicial alguna por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión. Ahora bien, cuestión distinta es si el Estado puede sentirse compelido a aplicar el artículo 54 del Convenio

---

<sup>418</sup> Sentencia *Achmea* [§ 31].

<sup>419</sup> Sentencia *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV* (C-126-97).

CIADI cuando el laudo resulte contrario al Derecho de la Unión. No en vano puede reputar a éste último como prevalente sobre el Tratado internacional y, por ende, oponerse a la ejecución. El análisis del asunto *Micula* nos ha permitido comprobar que los planteamientos tanto de Rumanía como de la Comisión Europea se asentaban en tales razonamientos.

En lo que se refiere a los laudos que han de ejecutarse conforme a la Convención Nueva York, sí que podrían oponerse en el Estado miembro las causas que se contemplan en su artículo V.2 y que son, de un lado, el «*que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje*» (apartado a)). De otro, el que «*el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*» (apartado b)). Con arreglo a la Sentencia *Achmea* y en el contexto de un arbitraje intra-UE, la ejecución del laudo resultaría contraria a tal orden público y, por tanto, existiría base para rechazarla.

b) De otra, cuando la ejecución se pretenda desarrollar fuera de la Unión Europea y el laudo fue dictado por un órgano arbitral situado también fuera de la misma, nada obstaría a que tal ejecución pudiera tener lugar, independientemente de si se está ante un laudo derivado del Convenio CIADI o a ejecutar conforme a la Convención Nueva York. Ello por cuanto el arbitraje sería válido en la medida en que no entraría en juego el Derecho de la Unión y, en consecuencia, el Estado demandado no estaría en disposición de invocar la incompatibilidad con el Derecho comunitario al no operar éste. En definitiva, no concurrirían ninguna de las causas que el artículo V de la Convención Nueva York contempla.

## 21. La proyección de la doctrina *Achmea* al TCE.

Se ha señalado que en la Sentencia *Achmea* no se hace expresa referencia a si la doctrina que de la misma resulta es de aplicación al TCE. También se apuntó que el Acuerdo de terminación de los TBIs intra-UE suscrito el 5 de mayo de 2020 precisaba en sus Considerandos que «*la Unión Europea y sus Estados miembros tratarán*» la problemática relativa al artículo 26 TCE «*con posterioridad*». En lo que ello se dilucida, es lo cierto que tanto en la práctica arbitral como en los pronunciamientos de los órganos judiciales ante los que se insta la ejecución de laudos se hace necesario interpretar si la doctrina *Achmea* se proyecta al TCE y de qué forma. De hecho, ya se viene haciendo. Para el análisis de esta cuestión conviene discurrir previamente por la naturaleza del TCE, su objeto y conceptos básicos para, finalmente, definir la interacción que está llamada a producirse entre el mismo y el Derecho de la Unión Europea.

### **21.1 Características y naturaleza jurídica del TCE.**

El TCE no es un simple acuerdo para la protección de inversiones, sino que constituye un marco normativo multilateral para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía<sup>420</sup> (señaladamente, en inversiones, comercio, tránsito de materias y productos energéticos y protección del medio ambiente). Fue negociado sobre la base de la Carta Europea de la Energía (CEE) de 1991 y se firmó en 1994 para facilitar el acceso al capital, redistribuir los recursos energéticos, construir un mercado abierto y competitivo y reducir la dependencia existente en las Naciones de la Europa del Este respecto de Rusia.

Salvo Polonia, todos los Estados miembros de la Unión fueron también signatarios del TCE si bien este no se circunscribe a los mismos sino que incluye a terceros Estados<sup>421</sup>. Asimismo, se trata de un «*acuerdo mixto*» en tanto que suscrito como organización regional de integración económica<sup>422</sup> por las Comunidades Europeas<sup>423</sup>.

Las partes actúan en el tratado en pie de igualdad y, a diferencia de lo sucedido con los TBI intra-UE, su legalidad aún no ha sido directamente puesta en tela de juicio ni por las instituciones comunitarias ni por los Estados miembros<sup>424</sup>.

---

<sup>420</sup> Artículo 1 del TCE.

<sup>421</sup> No obstante, interesa destacar que Italia notificó la denuncia del tratado *ex* artículo 47 TCE en diciembre de 2014, surtiendo la misma efectos a partir del 1 de enero de 2016 y pasando a tener estatus de país «*observador*».

<sup>422</sup> En tal sentido así definido por el TCE (artículo 1.3).

<sup>423</sup> Lo que tuvo lugar a través de la Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión del TCE y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados. La declaración presentada a la Secretaría del TCE con arreglo al artículo 26.3 b), inciso ii) TCE, que sustituye a la formulada el 17 de noviembre de 1997 en nombre de las Comunidades Europeas, señala que la UE y Euratom son «*responsables internacionalmente del cumplimiento de las obligaciones*» del TCE y remite al Reglamento (UE) n° 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se dispone un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte. Precisa, en lo que hace al arbitraje internacional, que al no poder la Unión Europea ni Euratom ser parte del Convenio CIADI, cualquier laudo arbitral en contra de las mismas será ejecutado por las instituciones de la Unión conforme al artículo 26.8 TCE.

<sup>424</sup> Más allá de las dudas que se deslizan acerca de su compatibilidad con el TUE y el TFUE en las conclusiones del abogado general Sr. Wathelet en el asunto *Achmea*, éste destaca precisamente la ausencia de dictamen acerca de tal compatibilidad porque «*no existía la menor sospecha*» al respecto [§ 43].

## 21.2 Cláusulas y conceptos básicos en el TCE.

Las disposiciones del TCE en materia de protección de las inversiones y solución de controversias no son muy distintas a las cláusulas contenidas en los TBIs. No obstante, lo que le caracteriza es su carácter multilateral y amplio alcance, siendo así que constituye el instrumento internacional que con mayor frecuencia se viene invocando en el arbitraje de inversiones en los últimos años. A ello han contribuido sin duda los súbitos cambios normativos en el sector de las energías renovables en países como España.

Señala HOBÉR que el TCE «*no es un prodigio de claridad en tanto que es resultado de un compromiso entre diferentes accionistas alcanzado bajo presión de tiempo*»<sup>425</sup>. Ello hace que los intereses contrapuestos de las Partes se hayan traducido en la ambigüedad de algunas de las disposiciones del TCE y a que se recurra frecuentemente para abordarlas a las reglas generales de interpretación de los Tratados de la Convención de Viena. Resulta así de interés la distinción que se efectúa entre promoción y protección de la inversión, de forma que ésta última se refiere a la forma en la que las inversiones deben ser tratadas y constituyen disposiciones de Derecho imperativo que se hacen efectivas a través del sistema de solución de controversias entre inversores y Partes Contratantes del artículo 26 TCE.

Esencial deviene en este contexto la extensión que se conceda a la cláusula de «*trato justo y equitativo*» que las Partes Contratantes asumen concederán, «*en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes*». Las inversiones deben gozar así de una «*de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas*»<sup>426</sup>. Asimismo, se precisa que el «*trato*» será aquél que se conceda por una Parte Contratante y que no puede ser «*menos favorable que el concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra Parte Contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable*»<sup>427</sup>.

Es el incumplimiento de tal cláusula el que sistemáticamente se vienen invocando en los procedimientos que se ventilan *ex* artículo 26 TCE. Entran en juego entonces las nociones de estabilidad normativa, expectativas legítimas y conducta estatal a las que nos hemos referido en

---

<sup>425</sup> HOBÉR, K., «*The Energy Charter Treaty: a commentary*», Oxford, 2020, pág. 12.

<sup>426</sup> Artículo 10.1 TCE.

<sup>427</sup> Artículo 10.3 TCE.

apartados anteriores. Ello requiere en cada caso de una «*evaluación global de los riesgos económicos, legales y políticos existentes en ese momento*»<sup>428</sup>.

Y básico también se presenta el concepto de expropiación en el TCE, proscribiéndose la «*nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación*» salvo que responda a un interés público, no tenga carácter discriminatorio, se adecúe al procedimiento legal y venga acompañada de una indemnización<sup>429</sup>. Se distingue así entre la expropiación directa y la indirecta<sup>430</sup>, siendo preciso para dilucidar cuando se ha producido ésta última verificar si las medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión privaron total o parcialmente al inversor de sus derechos. Sin embargo, aunque también viene constituyendo un argumento recurrente en los litigios en materia de renovables, su acogida por los órganos arbitrales resulta excepcional, rechazándose que una disminución del valor de las acciones pueda considerarse como tal o que una pérdida financiera la represente<sup>431</sup>.

### **21.3 Modernización del TCE.**

Tras dos años de negociaciones, el 24 de junio de 2022, el Secretariado de la Carta de la Energía ha hecho público un «*principio de acuerdo*» en torno a la modernización del TCE<sup>432</sup>. Al margen del propósito de reflejar en mejor manera los objetivos de cambio climático y de transición a energías limpias, una de las cuestiones más relevantes de la propuesta en su día presentada por la Comisión Europea era la de reformar el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados Parte del TCE previsto en el artículo 26. Ello en coherencia con los acuerdos que se habían venido celebrando en el seno de la Unión y con el fin de adaptarlo al proceso de reforma multilateral también desarrollado por la CNUDMI.

---

<sup>428</sup> HOBÉR, K., op. cit., pág. 194.

<sup>429</sup> Artículo 13.1 TCE.

<sup>430</sup> Sobre esta última, vid. FORTIER, L.Y. y DRYMER, S.L., «*Indirect expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or caveat investor*», ICSID Review, Vol. 19, N° 2 (2004), págs. 293 - 327.

<sup>431</sup> En tal sentido se pronuncian, entre otros, los laudos *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, SCC Case N° V 062/2012 y *Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A and GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*, SCC Case N° 2015/150.

<sup>432</sup> Se prevé que, tras la «*finalización de la revisión editorial y jurídica*», el proyecto de texto se comunique a las Partes Contratantes en agosto de 2022 para su adopción por la Conferencia de la Carta de la Energía a celebrar el 22 de noviembre de 2022. El TCE modernizado entraría en vigor 90 días después de la ratificación por tres cuartos de las Partes Contratantes.

Sin perjuicio de la redacción definitiva que aun pende, la regulación finalmente contenida en el artículo 26 TCE no se ha visto afectada. No obstante, se introduce un artículo que especifica que tal precepto (al igual que el artículo 27 TCE, en relación con las controversias entre Estados) no será de aplicación entre Partes Contratantes que sean miembros de la misma organización regional de integración económica. Repárese en que la Unión Europea es la única organización de esta naturaleza que es Parte Contratante del TCE.

Consiguientemente, de entrar en vigor finalmente el TCE modernizado, ello supondrá que no podrán acudir los inversores de un Estado miembro de la Unión Europea a los mecanismos de solución de controversias de los artículos 26 y 27 TCE cuando la Parte demandada sea otro Estado miembro de la Unión.

También son de interés las modificaciones introducidas con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica tanto en lo relativo al trato justo y equitativo como a la expropiación indirecta. Así, en lo que hace al primero, resulta muy notable el que se establece una lista de medidas o serie de medidas que se considerarán en todo caso violación de tal norma de protección. Dentro de las mismas se especifica la frustración de las expectativas del inversor y se describen las circunstancias que permiten generar tales expectativas legítimas. Se trataría así de objetivar conceptos jurídicos en cuya determinación difieren notablemente órganos arbitrales y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la expropiación indirecta, se define la misma y se listan aquellos factores a considerar para concluir su existencia en cada caso (entre otros, el impacto económico y el carácter de la medida). Como norma general, las medidas no discriminatorias adoptadas para la protección de los objetivos políticos legítimos (salud pública, seguridad y medio ambiente, incluso con respecto a la mitigación del cambio climático y la adaptación) no se considerarán expropiación indirecta.

Debe advertirse que Bélgica solicitó al TJUE en diciembre de 2020 dictamen sobre la compatibilidad del proyecto modernizado del TCE con el Derecho de la Unión. Éste ha sido en fecha reciente declarado inadmisibile en virtud de Dictamen 1/20, de 16 de junio<sup>433</sup>. No obstante tal inadmisión, el TJUE llama la atención en su resolución sobre el hecho de que ya habría respondido a la cuestión de la compatibilidad del artículo 26 TCE con el Derecho de la Unión en los litigios entre inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro en el asunto

---

<sup>433</sup> Ello al reputar prematura la solicitud por cuanto no se disponen por el TJUE de «*elementos suficientes sobre el contenido y, más concretamente, sobre el ámbito de aplicación del artículo 26 que establecerá el TCE modernizado, siendo así que ese ámbito de aplicación es objeto de la presente solicitud de dictamen*» [§ 46].

*Komstroy* [en particular, § 40 a 66]. Recuerda que al respecto reseñaba que «*el respeto del principio de autonomía del Derecho de la Unión, consagrado en el artículo 344 TFUE, obliga a interpretar el artículo 26, apartado 2, letra c), del TCE en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro*» [§ 46].

Al margen de lo que antecede y sin perjuicio de lo que el proceso de ratificación del TCE modernizado pueda deparar, no está de más poner de relieve que España, junto con Francia y Luxemburgo, dirigió en febrero de 2021 una carta a la Comisión Europea en la que se exponía la preocupación por el desarrollo de las negociaciones relativas a la modernización del TCE y se llegaba a pedir que se considerara la posibilidad de que tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros se produjese una retirada del TCE en la forma más favorable a sus intereses<sup>434</sup>.

#### **21.4 Relación entre el Derecho de la Unión y el TCE.**

El aspecto más relevante del análisis que en torno al TCE se viene realizando es el que enfrenta las características de la relación que entre el mismo y el Derecho de la Unión se establece. Se trata de una cuestión decisiva desde el momento en que, en función de la posición que en torno a la misma se adopte, ya no se tratará solo de la operatividad del artículo 26.6 TCE sino también de la posibilidad (o no) de ejecutar los laudos en virtud de los cuales se condene a un Estado miembro de la Unión en un litigio suscitado por un inversor de otro Estado miembro.

Como no podía ser de otra forma, el TJUE, en el citado asunto *Komstroy* ha afirmado que el principio de autonomía del Derecho de la Unión, conforme al artículo 344 TFE, impide que, de acuerdo con el artículo 26.2 c) TCE, pueda acudir el inversor de un Estado miembro al mecanismo de solución de controversias que prevé el artículo 26.6 TCE. Huelga decir que la eventual modernización del TCE y la referida exclusión de tal precepto para las disputas intra-UE no han de proyectar efecto alguno en los litigios ya en curso, ya resueltos pero aun pendientes de ejecución.

En principio, parecen razonables los planteamientos que han sostenido por órganos arbitrales en sentido contrario. Tal es el caso del asunto *Eskosol v. Italia*<sup>435</sup>, en el que el tribunal

---

<sup>434</sup> El texto de la carta remitida por la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico puede encontrarse en: <https://www.investigate-europe.eu/wp-content/uploads/2021/02/Letter-Spain-20210209.pdf> [Última visita: 31/7/22].

<sup>435</sup> *Eskosol SpA in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case N° ARB/15/50.

indica que, como cuestión de Derecho internacional, no se encontraba vinculado a lo resuelto por el TJUE en el asunto *Achmea*, con independencia del significado que a tal decisión hubiere de otorgársele. Sostiene que los Tratados de la Unión establecieron un subsistema dentro del ordenamiento jurídico internacional de la misma forma que lo hizo el TCE. Resalta que las conclusiones del TJUE en torno al Derecho comunitario no alteran su mandato de proceder en virtud de la base normativa en la que funda su jurisdicción y que no es otra que el TCE. Asimismo, apunta a que la protección que se dispensa por el TCE no coincide con la que se garantiza por las normas comunitarias del mercado interior.

Caracteriza HAPPOLD la relación entre el Derecho de la Unión y el TCE como la que se corresponde con regímenes separados, alcanzando la conclusión de que la evolución jurídica de un régimen no podía afectar al otro<sup>436</sup>. En efecto, resulta plausible entender que se trata de dos esferas distintas. Una, de carácter regional y con unos objetivos de integración jurídica, económica y política. Otra, de naturaleza multilateral pero que excede del ámbito de la Unión y enderezada a la consecución de los objetivos que el artículo 1 TCE proclama.

Tampoco merecería *a priori* ser descartado el argumento de que se está ante un conflicto normativo. Esta es la tesis que postula ÁLVAREZ<sup>437</sup>, quien subraya en apoyo de la misma la inexistencia de previsión en el Derecho de la Unión que se oponga al arbitraje previsto en el TCE. Aduce también que así como el TFUE regula las relaciones que se articulan entre Estados, no con inversores, el TCE se refiere, entre otras, a tales relaciones entre inversor y Estado receptor de la inversión. Además, postula que la aplicabilidad del Derecho de la Unión desempeña un papel limitado en la fase jurisdiccional intra-TCE, lo que significa que para establecer la jurisdicción en una controversia intra-TCE bastaría con que el tribunal examinara los requisitos de los instrumentos jurídicos que otorgan el consentimiento, lo que es bastante limitado en cuanto a las cuestiones de derecho aplicable. En otras palabras, el alcance jurisdiccional de la competencia intra-TCE no necesita abarcar una evaluación sobre las posibles limitaciones que podría representar el Derecho de la Unión.

Sea como fuere, por mas comprensibles que parezcan las posiciones anteriores, parece lógico, desde la perspectiva de los Estados miembros de la Unión que son al mismo tiempo Partes Contratantes en el TCE, afirmar la subordinación del TCE al TUE o al TFUE (no solo a través del mecanismo del artículo 218.11 TFUE sino también por mor del principio de

---

<sup>436</sup> HAPPOLD, M., «*Eskosol v. Italy: EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes*», ICSID Review, Vol. 36, Nº 2 (2021), pág. 283.

<sup>437</sup> ÁLVAREZ, G.M., «*Redefining the relationship between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: from a normative conflict to a policy tension*», ICSID Review, Vol. 33, Nº 2 (2018), págs. 11 a 12.

cooperación leal del artículo 4.3 TUE). De lo anterior se deriva que si se viera afectada la autonomía del Derecho de la Unión, sus disposiciones solo se aplicarían en la medida en que resultaran compatibles con el Derecho comunitario<sup>438</sup>. Además, tampoco podrían operar en las relaciones entre Estados miembros e inversores de tales Estados<sup>439</sup>.

Para verificar si esa afectación de la autonomía se produce ha de decidirse si el Derecho de la Unión constituye ya Derecho aplicable al resolver las disputas entre inversores y Partes contratantes conforme al mecanismo de solución de controversias del artículo 26 TCE, ya solo contribuye a la determinación de los hechos. Pues bien, señala el apartado 6º del artículo 26 TCE que el tribunal arbitral «*decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*». Resulta así evidente que dentro de tales normas de Derecho internacional se incluye el Derecho de la Unión y, conforme a la doctrina *Achmea*, un órgano arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, estaría aplicando e interpretando el Derecho comunitario de forma tal que no podría ser fiscalizado por el TJUE.

Por otra parte, aun cuando se aceptase que el Derecho de la Unión solo contribuye a determinar los hechos, en la decisión sobre si se vulnera el trato justo y equitativo mediante la comparación entre el régimen precedente y el que resulta más gravoso siempre se producirá una valoración de esas normas internas que irá más allá de un carácter estrictamente fáctico. Ello se muestra de forma aun más nítida cuando se acude al Convenio CIADI en tanto que prevé, entre otras, la aplicación de la «*legislación del Estado que sea parte en la diferencia*»<sup>440</sup>.

A cuanto antecede cabría añadir la vulneración del principio de discriminación por razón de la nacionalidad en la que se incurre con la aplicación intra-UE del TCE conforme al artículo 18 TFUE. Nótese que dos de los Estados miembros, Italia y Polonia, no son parte del TCE (más allá de la condición de *Observador* en el caso de Italia tras su abandono). Téngase en cuenta que el TJUE exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario con los nacionales del Estado miembro<sup>441</sup>. Y recuérdese que aun cuando el Derecho de la Unión reconoce el principio de trato nacional, no recoge una cláusula de «*Nación mas favorecida*» que posibilite extender un trato idénticamente favorable a los inversores de un Estado ajeno al TCE. Esto último se afirma con la reserva de que su equivalente bien pudiera ser la cláusula de preferencia comunitaria.

---

<sup>438</sup> Artículo 30.3 de la Convención de Viena.

<sup>439</sup> Artículo 30.2 de la Convención de Viena.

<sup>440</sup> Artículo 42.1 Convenio CIADI.

<sup>441</sup> Sentencia *Cowan* (C-186/87) [§ 10].

En consecuencia, tomando en consideración tanto la doctrina *Achmea* como la jurisprudencia del TJUE relativa a los acuerdos internacionales que prevén la creación de mecanismos arbitrales, cabe concluir que el TCE no ha de operar intra-UE. Ello por cuanto la solución de controversias a la que remite implica interpretar y aplicar el Derecho de la Unión, pudiendo con ello comprometer también el que las instituciones comunitarias actúen dentro del marco constitucional que les es propio. Lo que antecede no resulta baladí desde el momento en que todos los arbitrajes promovidos contra España por la supresión de incentivos a las renovables se amparan en el artículo 10.1 TCE y, además, una mayoría de los mismos se formula por inversores comunitarios.

El planteamiento que acaba de efectuarse, sin duda más próximo al que el TJUE ha deslizado (aunque no desarrollado) que al de los órganos arbitrales en general (por más razonables que algunos de sus argumentos puedan resultar), se corresponde con el reciente laudo de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el asunto *Green Power v. Spain*<sup>442</sup>. Apoyándose tanto en *Achmea* como en *Komstroy*, declara su falta de jurisdicción en el entendimiento de que la oferta de España para acudir al mecanismo del artículo 26 TCE en orden a resolver un conflicto con inversores de otro Estado miembro debe reputarse excluida. Concluye así que no existe una oferta unilateral que las demandantes pudieran haber aceptado.

## 22. Ejecución de laudos y ayudas de estado.

El fundamento de la obligación de los Estados de cumplir los laudos dictados por órganos instituidos para la resolución de controversias suscitadas con los inversores radica tanto en los Tratados internacionales que ratifican como en las normas de arbitraje. Seguidamente se abordará la cuestión relativa a la forma en la que tal ejecución ha de tener lugar y las resistencias que los Estados pueden oponer a las mismas (señaladamente, desde la perspectiva de la inmunidad de Estado, del orden público y la inclusión dentro de esta excepción del régimen de ayudas de Estado). Finalmente, se discurrirá por la eventual afectación de la CDFUE y del CEDH a resultas de que tal inexecución pueda producirse.

### 22.1 Del Convenio CIADI a la Convención de Nueva York.

Cuando de laudos arbitrales se trata, su ejecución podrá materializarse bien a través del Convenio CIADI (singularmente, en lo que hace a sus artículos 53 y 54), bien por el cauce de la

---

<sup>442</sup> *Green Power Partners K/S SCE Solar Don Benito APS v. Spain*, ICSID Case N° ARB/2916/135.

Convención de Nueva York. Si el primero constituye la herramienta del que se sirve el CIADI, con la segunda se hacen efectivos los laudos CNUDMI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Las diferencias entre una y otra vía son en todo caso notables.

a) En el caso del Convenio CIADI, se establece el carácter «obligatorio para las partes» del laudo, de forma tal que «no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio»<sup>443</sup>. Asimismo, cada Estado contratante ha de reconocer el laudo y hacer ejecutar en su territorio las obligaciones impuestas «como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado»<sup>444</sup>. Así pues, en principio, ninguna capacidad de escrutinio cabría predicar de los órganos judiciales de los Estados signatarios. Como a continuación se verá, esta afirmación ha de ser matizada.

b) Por su parte, la Convención de Nueva York rige para los laudos que no se dictan en el contexto del Convenio CIADI y a los cuales los Estados reconocen «autoridad» y someten su ejecución a las «normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada» si bien con las condiciones que seguidamente establece<sup>445</sup>.

En lo que ahora interesa, la Convención de Nueva York sí que admite la denegación del reconocimiento o ejecución de laudos en determinados supuestos y, en particular, cuando los mismos sean «contrarios al orden público» del país en el que se haya instado<sup>446</sup>. A tal efecto, debe destacarse que el TJUE advierte de la obligación de los Estados miembros de aplicar consistentemente las normas de orden público<sup>447</sup>, dentro de las que se han de incluir las ayudas de Estado del artículo 107 TFUE.

---

<sup>443</sup> Artículo 53.1 Convenio CIADI.

<sup>444</sup> Artículo 54.1 Convenio CIADI.

<sup>445</sup> Artículo III Convención Nueva York.

<sup>446</sup> Artículo V.2 b) Convención Nueva York. Sobre la noción de orden público cabe remitirse a lo expuesto en el apartado 2.2 del Capítulo IV (pág. 115) a propósito de las SSTC que han otorgado el amparo frente a pronunciamientos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

<sup>447</sup> En tal sentido, la Sentencia *Eco Swiss*, C-126/97 [§31 a 41], a propósito de las normas básicas sobre el derecho de la competencia de la Unión Europea.

Cuestión más compleja es si tal excepción puede ser esgrimida siempre que la medida cuya revocación determina la brecha del trato justo y equitativo resulte contraria a la legislación en materia de ayudas de Estado o, si por el contrario, requiere de un específico pronunciamiento de la Comisión sobre tal incompatibilidad a través del procedimiento del artículo 108 TFUE. Esta segunda opción parece la más prudente por cuanto su naturaleza de excepción requeriría de una aplicación restrictiva<sup>448</sup> y, además, dilucidar la incompatibilidad escaparía de la esfera de facultades o atribuciones de los órganos judiciales nacionales ante los que se instara la ejecución. Por el contrario, cuando la incompatibilidad ha sido ya declarada por la Comisión, nada habría de obstar a que entrara en juego la excepción de orden público.

c) Al margen de lo anterior, los Estados también asumen de forma expresa la obligación de acatar los laudos dictados en el seno de procedimientos de solución de controversias en los propios TBIs o Tratados multilaterales que los instituyen. Además, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI alude al compromiso de las partes de cumplir el laudo «*sin demora*» (artículo 34.2); el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje señala la obligación de «*cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte*», considerándose renunciada «*cualesquiera vía de recurso a las que puedan renunciar válidamente*» los Estados (artículo 35.6) y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone que el laudo será «*definitivo y vinculante para las partes una vez se haya dictado*», obligándose, al someterse a arbitraje, a «*cumplir todo laudo sin demora*» (artículo 46 RA-IACCE).

## 22.2 El verdadero alcance del artículo 54 del Convenio CIADI.

El Convenio CIADI no habilita a los órganos arbitrales para la ejecución de los laudos, siendo así que la misma ha de materializarse por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte. De esta forma y habida cuenta de los términos en los que se expresa el artículo 54 del Convenio CIADI, bien podría parecer que la única fiscalización a la que cabría someter la ejecución del laudo es la de verificar que estuviese certificado por la Secretaría General del CIADI. Sucede no obstante que en los últimos años, a instancia fundamentalmente de la Comisión Europea y del TJUE, se viene tratando de expandir la posibilidad de control en la ejecución de los laudos CIADI, introduciéndose como excepción la de orden público en tanto que contrario al régimen de ayudas de Estado.

---

<sup>448</sup> No en vano la Convención de Nueva York se inspira en el reconocimiento general y recíproco de las «*sentencias arbitrales extranjeras*» (arts. 1 y 3).

Se expuso en el apartado 14.3 b), a propósito del intento de ejecución del laudo *Micula* en Suecia y la decisión a tal respecto adoptada por la Corte de Distrito de Nacka en fecha 23 de enero de 2019, que el rechazo a la ejecución se fundó en que, si bien con arreglo al artículo 54 del Convenio CIADI Suecia está obligada a ejecutar el laudo arbitral del mismo modo que una Sentencia sueca firme, las obligaciones asumidas como Estado miembro en virtud del artículo 4.3 TUE hacen que, mientras la Decisión de la Comisión oponiéndose a la ejecución rija, tanto una Sentencia sueca firme como el laudo en cuestión no son susceptibles de ser ejecutados.

Se trata de una posición razonable si bien pudiera argumentarse que no se compecede con el tenor literal del artículo 54.1 del Convenio CIADI por cuanto en el mismo no se contempla de forma específica excepción material alguna a la ejecución. Tal precepto efectúa una remisión procesal a lo previsto en la legislación interna de cada Estado, si bien, al mismo tiempo, ello no viene acompañado de previsión que permita entender delegada en los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte la facultad de rechazar la ejecución.

Lógicamente, la posición de la Comisión y del TJUE encuentra la frontal oposición de la mayor parte de los órganos arbitrales, renuentes a renunciar a su jurisdicción al entender que el ámbito de la Unión Europea es estrictamente regional mientras que el que les es propio va más allá y se extiende al de todos los Estados que ratificaron el instrumento que los instituye. El Convenio CIADI excluye expresamente a los órganos nacionales de las acciones de anulación de los laudos y desde luego no resulta aventurado pensar que fue también la intención de sus redactores la de excluir tal papel nacional en la ejecución. No en vano dificultar o hacer imposible la misma tiene en la práctica el mismo efecto que tal anulación.

Sobre tales premisas, la interpretación efectuada por la Corte de Distrito de Nacka podría implicar estar introduciendo de facto de una especie de recurso contra el laudo, circunstancia ésta deliberadamente no incluida en el Convenio CIADI.

Una interpretación alternativa a la anterior puede ser la de someter la ejecución de los laudos CIADI a exigencias o a procedimientos que no resulten más exigentes que los previstos para la ejecución de las Sentencias internas. Como se apunta por BERMANN<sup>449</sup>, tiene todo el sentido del mundo considerar que los redactores del Convenio reunieron en una sola disposición tanto una declaración de la obligación de ejecutar como una referencia a cómo se debe llevar a cabo la ejecución, aunque sólo sea acudiendo los procedimientos de ejecución de Sentencias del Estado ejecutor. De esta forma, bastaría para resultar respetuoso con el sentido del Tratado el que el órgano jurisdiccional nacional no impusiera mayores cargas procesales a la ejecución que

---

<sup>449</sup> BERMANN, G.A., «*Understanding ICSID Article 54*», *ICSID Review*, Vol. 35, Nº 1-2 (2020), págs. 342 a 343.

las previstas para las resoluciones internas. Con ello, el artículo 54.1 del Convenio CIADI cumpliría la función de completar el vacío generado por la ausencia de previsión normativa alguna en lo que hace al procedimiento de ejecución. Además, en cierta forma se estaría emulando lo que el artículo III de la Convención de Nueva York prescribe al remitir a las «*normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*». Y, al mismo tiempo, se conseguiría minorar el peligro que el carácter estrictamente autónomo del arbitraje bajo los auspicios del CIADI puede llegar a representar.

La conclusión que razonablemente puede alcanzarse es que el automatismo en principio atribuible al artículo 54.1 del Convenio CIADI no es tal si bien en todo caso cabría demandar para los laudos el equivalente procesal al trato nacional. Ahora bien, si dentro de ese aspecto procesal cabe introducir o no la excepción de orden público pone de manifiesto un problema más complejo y sobre el que con posterioridad se abundará.

### **22.3 La inmunidad de Estado.**

La dificultad de la ejecución frente a los Estados surge generalmente de dos aspectos. De un lado, la inmunidad soberana del Estado frente a la ejecución sobre los bienes de carácter no comercial y, de otro, la consideración a la personalidad jurídica separada de las entidades estatales que pueden ser titulares de los bienes comerciales del Estado.

En lo que hace al primer extremo, previene el artículo 55 del Convenio CIADI que «*nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero*». Con ello las Partes subrayaban que la ratificación del Convenio o la celebración de acuerdos de arbitraje no implicaría la renuncia a la inmunidad soberana de ejecución de los laudos arbitrales.

Aquí es donde entonces juega la inmunidad de Estado como límite a la ejecución. Sobre la misma se ha venido distinguiendo entre una teoría absoluta y otra restrictiva. La distinción fundamental que entre ambas puede trazarse es que para la segunda, la más plausible, la inmunidad solo puede esgrimirse en el marco de actuaciones o transacciones que impliquen el ejercicio de autoridad («*acta iure imperii*») pero no en el contexto de transacciones comerciales o ausentes de la nota de autoridad pública («*acta iure gestionis*»).

Cuestión distinta será entonces la de situar donde se produce la renuncia a la inmunidad jurisdiccional. Como se señaló en relación con los intentos de ejecución de laudos en los que se

condena a España por los cambios regulatorios relativos a las energías renovables, tanto el Tribunal de Distrito de Columbia como la Corte Federal de Australia residenciaron la renuncia precisamente en el hecho de haber suscrito el TCE. Concretamente, en el caso del tribunal australiano, se acudió a la Ley de Inmunities de los Estados Extranjeros de 1985 en cuyo artículo 10 se establece que un Estado extranjero no es inmune en un procedimiento en el que se haya sometido a la jurisdicción de acuerdo con tal precepto y que, además, el Estado extranjero puede someterse a la jurisdicción en cualquier momento, por acuerdo o de otro modo.

La conclusión alcanzada fue la de que desde el momento en que España se convertía en signatario tanto del Convenio CIADI como del TCE renunció implícitamente a tal inmunidad como Estado y se sometió a, entre otras, la jurisdicción australiana (también país Parte del Convenio CIADI y, por tanto, vinculado a su artículo 54). Y desde luego que nada cabe objetar a tal planteamiento. Otra cosa es si el compromiso asumido al ratificar tal Convenio deviene incompatible con las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

Y es que el problema que subyace es que con la ratificación del Convenio y la adhesión a la Unión se han podido asumir compromisos irreconciliables. Desde la perspectiva del Convenio CIADI, parece lógico pensar que, siempre que el laudo no sea anulado por el Comité «*ad hoc*» a que se refiere el artículo 52, habrá de ser ejecutado. Ahora bien, la Comisión también puede instar la iniciación de un procedimiento de incumplimiento para el caso de que, pese a que el pago del laudo sea declarado ayuda de Estado, éste se satisfaga.

En la tesitura de acatar o no el laudo, el Estado miembro de la Unión condenado en el mismo será desde luego más proclive a no satisfacerlo. El siguiente paso lo constituirá entonces la búsqueda de activos del Estado fuera de sus fronteras con el fin de hacerlo efectivo. Aquí es donde entraría en juego nuevamente la teoría restrictiva de la inmunidad, de suerte que solo aquellos activos comerciales podrían ser objeto de ejecución. En todo caso, se trata de un aspecto que dependerá de la legislación del país donde la ejecución tenga lugar y de la interpretación que sus órganos jurisdiccionales hagan del concepto de inmunidad de Estado.

#### **22.4 El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos.**

Se ha señalado con anterioridad que la estrategia española para eludir el pago de los laudos condenatorios por la revocación de incentivos a las renovables pasa en buena medida por invocar que su ejecución contraviene el artículo 107 TFUE. También se ha destacado que la postura vendría avalada por el proceder de la Comisión en el asunto *Micula* y que tal planteamiento no ha sido desde luego descartado por el TJUE (al menos de momento al

encontrarse pendiente de dictado nueva Sentencia por el Tribunal General tras la estimación del recurso de casación formulado respecto de la primera).

Como se desarrolló en el apartado 9 del presente Capítulo, la Comisión tiene abierto un procedimiento del artículo 108.2 TFUE<sup>450</sup> respecto de España en relación con la ayuda estatal que representaría el laudo *Antin*, cuya ejecución, a su vez, ha sido reconocida por la Corte Federal Australiana. La conclusión que en la opinión preliminar de 19 de julio de 2021 traslada la Comisión es que el laudo constituiría ayuda estatal al otorgar a *Antin* una ventaja equivalente a las que otorgaba el régimen español no notificado de 2007. Subraya por ello la obligación de España de abstenerse de pagar la indemnización hasta que no concluya la investigación formal. Huelga decir que la conclusión que finalmente se alcance en tal procedimiento sería extrapolable sin dificultad al resto de laudos condenatorios que hasta el momento han sido dictados contra España por los cambios regulatorios en las energías renovables.

Pues bien, para la ejecución de la mayor parte de esos laudos ha de estarse al Convenio CIADI que, en principio, como acaba de exponerse y a diferencia de lo que cabe predicar respecto de la Convención de Nueva York, no admitiría excepciones. Sin embargo, sí que pueden destacarse importantes matices.

El requisito de la imputabilidad en las ayudas de Estado demanda de entrada que el otorgamiento de la ventaja económica sea voluntario. El TJUE aprecia obligatoriedad –y, por ende, no se estaría en presencia de una ayuda de Estado– cuando, de conformidad con el Derecho interno, el Estado miembro viene obligado a reembolsar cargos indebidamente cobrados<sup>451</sup>, a pagar por daños causados<sup>452</sup> o indemnizar por una expropiación<sup>453</sup>.

a) En lo que se refiere al reembolso de cargos indebidamente cobrados, se deslindó por el TJUE en la Sentencia *Denkavit Italiana* (61/79) el supuesto de una ayuda de Estado (en el sentido de decisión por la que se pretenden alcanzar objetivos económicos y sociales mediante la puesta a disposición de las empresas o de otros sujetos de derechos de recursos o ventajas destinadas a la realización de los mismos) de aquél otro en el que de lo que se trata es de pagar o «*devolver sumas resultantes de la circunstancia de quien pagó esas sumas no las debía*» [§ 31].

---

<sup>450</sup> SA.54155 (2021/NN).

<sup>451</sup> Sentencia *Denkavit Italiana* (61/79).

<sup>452</sup> Sentencia *Asteris* (asuntos acumulados C-106 a 120/87).

<sup>453</sup> Sentencia *ThyssenKrupp* (T-62/08).

Concluyó así que «un sistema tributario nacional, que permite a un contribuyente impugnar o reclamar la devolución de un impuesto, no constituye ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado. Que sea posible o no recuperar un impuesto a causa de esta circunstancia depende, de hecho, de las características específicas de las legislaciones nacionales en materia de recuperación de las cantidades indebidamente pagadas, especialmente en el ámbito fiscal» [§ 31].

b) Por lo que respecta al pago de daños causados, en el asunto *Asteris* se deslindan del concepto de ayudas, por revestir una «naturaleza jurídica fundamentalmente diferente», a «las indemnizaciones que las autoridades nacionales pudieran, eventualmente, ser condenadas a pagar a los particulares como reparación de un perjuicio que ellas les hubieren causado» [§ 23]. Repárese en que tal Sentencia da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Polymeles Protodikeio de Atenas (Tribunal de Primera Instancia de Atenas) con las que se cuestionaba si entraban dentro del concepto de ayudas de Estado de los artículos 92 y 93 del TCE las indemnizaciones por ayudas que no fueron pagadas a las empresas griegas productoras de concentrados de tomates como consecuencia de un error técnico reconocido por el TJUE que viciaba la normativa comunitaria.

c) Finalmente, en lo que hace a la indemnización por una expropiación por causa de utilidad pública, en el asunto *ThyssenKrupp* es cierto que el TJUE afirma que la indemnización concedida por el Estado por la expropiación de bienes de una empresa no constituye, por lo general, una ayuda estatal. Adviértase que el caso en cuestión versaba sobre la compensación a determinadas compañías eléctricas que habían sido nacionalizadas por Italia en 1962. En lugar del pago de una suma global, el Estado italiano compensó a las eléctricas mediante la aplicación de un régimen de tarifas preferenciales de duración indefinida. Ahí se basó precisamente la Comisión para concluir que Italia vulneró la legislación en materia de ayudas de Estado. Tal criterio fue compartido por el TJUE, que consideró infringido el artículo 107 TFUE por cuanto la medida promulgada hacía referencia a una ayuda de funcionamiento y no a una simple compensación de daños.

Así las cosas, si se admite que el pago conforme a las normas de Derecho interno que generan la obligación de efectuarlo no integra una ayuda de Estado, no debe plantear problemas extender tal consecuencia a los supuestos en que la obligación surge de compromisos internacionales (lo que, en el caso de España y la supresión de incentivos a las renovables, lleva al artículo 10.1 TCE y a no dispensar un trato justo y equitativo).

Para reforzar tal tesis en el caso de los laudos CIADI (y su consiguiente imposibilidad de ser fiscalizados por los órganos judiciales ejecutantes), ha de significarse que tampoco sería imputable la ayuda cuando el Estado miembro no dispone de margen de maniobra al adoptarla o no contaba con autonomía en su actuación. Así lo ha declarado el TJUE con ocasión de la adaptación del Derecho interno a una determinada exención tributaria<sup>454</sup>, de forma tal que en aquél caso este se limitaba a «*ejecutar disposiciones comunitarias conforme a las obligaciones que en virtud del tratado les incumbe*» y, por tanto, la disposición controvertida no era imputable sino al legislador comunitario.

Si bien hasta ahora el razonamiento ha girado en torno a la regla general de que la ejecución de laudos arbitrales no constituye una quiebra del artículo 107 TFUE, ello admite su excepción en el caso de que el laudo implique el restablecimiento de una medida declarada por la Comisión incompatible con el régimen de ayudas de Estado<sup>455</sup>. La razón parece evidente: si el arbitraje da la posibilidad de recuperar beneficios que constituían ayudas ilegales, incompatibles (o ambas cosas), la ejecución del laudo implicará desconocer la Decisión de la Comisión y hacer indirectamente efectiva una medida contraria al mercado interior.

En tal sentido son relevantes las conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *Francesco Atzori y otros v. Regione Autonoma della Sardegna*<sup>456</sup>. Se advertía en ellas que aun «*si se reconoce el derecho a una indemnización, no resulta equiparable el perjuicio con el importe de las sumas que se han de reintegrar, puesto que supondría una concesión indirecta de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común*» [§ 198]. Este planteamiento se efectuó con ocasión de unas ayudas ilegales –no notificadas– concedidas por el Gobierno regional de Cerdeña y que, por tanto, habían de ser devueltas, con la consiguiente acción de indemnización por las empresas afectadas conforme a la doctrina del TJUE en *Brasserie du pêcheur y Factortame*<sup>457</sup>. En todo caso, su razón de ser resulta perfectamente extrapolable al ámbito de los arbitrajes de inversión.

---

<sup>454</sup> Sentencia *Deutsche Bahn v. Commission* (T-351/02) [§ 102].

<sup>455</sup> Sobre el análisis de los supuestos de excepción a la regla general de que la ejecución de un laudo intra-UE no constituye ayuda de Estado, vid: TIETJE, C., y WACKERNAGEL, C., «*Outlawing Compliance? The enforcement of intra-UE investment awards and EU State Aid Law*», Policy Papers on Transnational Economic Law, Vol 41. (2014), págs. 7-9.

<sup>456</sup> Asuntos acumulados C-347/03 y C-529/03.

<sup>457</sup> Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 [§ 51].

Se sigue sin dificultad que esto es lo que se produce tanto en el asunto *Micula* como lo que parece proyectarse en la problemática de incentivos a las energías renovables en la que España se encuentra inmersa. En el primer caso, el esquema parte de la implementación de un tratamiento fiscal favorable que se suprime por mor de las exigencias derivadas de la adhesión a la Unión y sin que hubiera intervenido hasta ese momento la Comisión. Es precisamente con ocasión del laudo condenatorio contra Rumanía por la violación del trato justo y equitativo previsto en el TBI cuando la Comisión se opone a su cumplimiento por contravenir el régimen de ayudas de Estado<sup>458</sup>.

Por lo que respecta España, la garantía de una determinada «rentabilidad razonable» se ve sustancialmente afectada por unas modificaciones normativas que en una serie de laudos arbitrales se vienen reputando contrarias al tratamiento justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Tampoco aquí intervino la Comisión «antes» (al no producirse notificación de la ayuda) y se espera que lo haga a través del procedimiento del artículo 108 del TFUE de cara a declarar su incompatibilidad. Sería entonces cuando la ejecución de los laudos –de materializarse– abocaría a una concesión indirecta de la ayuda, ya incompatible con el orden público comunitario (en el decir de artículo V.2.b de la Convención de Nueva York), ya incardinable en la excepción a enfrentar a los categóricos términos de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI.

Como apunta ORTOLANI, incluso cuando la medida se califica formalmente como compensación, debe considerarse incompatible con el artículo 107 TFUE si da lugar a una concesión (incluso indirecta) de ayuda estatal ilegal en lugar de una mera compensación de daños. En tal sentido, razona que no cabe duda de que, en el caso de las decisiones arbitrales intracomunitarias que conceden daños y perjuicios por la revocación de una ayuda estatal ilegal, la compensación ordenada por el órgano arbitral tiene como objetivo garantizar que el inversor obtenga la ayuda, es decir, el beneficio económico que podría haber esperado legítimamente en virtud del instrumento internacional aplicable. Por lo tanto, en la medida en que dicha ayuda es incompatible con el artículo 107 TFUE, debe concluirse que se cumple el requisito de imputabilidad establecido en la legislación sobre ayudas de Estado y, por lo tanto, el cumplimiento del laudo constituye una forma de ayuda estatal ilegal<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Un interesante análisis sobre si el laudo arbitral del asunto *Micula* puede considerarse ayuda de Estado se encuentra en: MOMIC, M., «*Can an ICSID arbitral Award for the compensation of amagues be regarded as State Aid?*», *European State Aid Law Quarterly*, Vol 3. (2019), págs. 346-351.

<sup>459</sup> ORTOLANI, P., «*Intra-UE arbitral awards vis-à-vis article 107 TFUE: State Aid Law as a limit to compliance*», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6 (2015), pág. 128.

En la forma precedente podrían sistematizarse las pautas que disciplinan las relaciones entre el régimen regulatorio global y el orden jurídico europeo referente a las ayudas de Estado. Ello por cuanto lo que es necesario para uno, es ilícito para el otro; lo que el Derecho internacional impone, el Derecho de la Unión lo sanciona<sup>460</sup>. Y es que aun en las tesis menos proclives a asumir la existencia de conflicto se admite que este subyace al fijar el laudo el restablecimiento de una ayuda estatal incompatible o una indemnización por su supresión<sup>461</sup>.

### **22.5 Improcedencia de que por parte de España se satisfagan los laudos condenatorios derivados de los cambios regulatorios en el ámbito de las energías renovables.**

Más allá de la complejidad que el conflicto normativo descrito revela, el recorrido efectuado ha tratado de ofrecer una visión de conjunto del problema, de los escenarios en los que se desenvuelve y de las múltiples normas en juego. Al mismo tiempo, se colige que la cuestión jurídica a ventilar pasa por resolver de la forma mas satisfactoria la encrucijada en la que España se encuentra. Esto es, elegir entre dar cumplimiento a los principios fundamentales del Derecho de la Unión, jurídicamente vinculantes, o a la ejecución derivada de los laudos que condenan a nuestro país por no haber dispensado un trato justo y equitativo a aquellos inversores en energías renovables que vieron frustradas sus expectativas a raíz de un determinado cambio normativo.

Se trata de un debate no solo abierto sino que se sigue intensamente ventilando con la intervención de órganos judiciales de todo el planeta, de árbitros de distintas Cortes y con la decisiva participación de la Comisión. Aun cuando queda lejos cualquier ánimo predictivo, no puede evitarse lanzar como tesis la improcedencia de que por parte de España se satisfagan los multimillonarios importes a los que tales laudos ascienden cuando se trate de asuntos intra-UE. Las razones estrictamente jurídicas que a tal posición abocan son las que siguen:

-En primer lugar, se evitaría incurrir en la discriminación por razón de la nacionalidad que proscriben los artículos 14 de la Constitución o 18 TFUE. Tal tratamiento desigual opera de entrada entre nacionales y extranjeros a raíz de la distinta concepción de las legítimas expectativas sostenida por los Tribunales Supremo y Constitucional por un lado y los distintos órganos arbitrales por otro. También se habría de hacer extensivo al enfoque diverso al que se

---

<sup>460</sup> En tales términos se expresa BATTINI, S., «Il “caso Micula”. Diritto amministrativo e entanglement globale», Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, Vol. 2 (2017), págs. 325-341.

<sup>461</sup> Sobre tal particular, vid. STRUCKMANN, K., FORWOOD, G. y KADRI, A., «Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence?», European State Aid Law Quarterly, Vol. 2 (2016), págs. 258-269.

someten inversores intra-UE y extra-UE. Se estaría en definitiva quebrando la perfecta igualdad de trato de quienes se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario con respecto a los nacionales de un Estado miembro, haciendo que una misma inversión disfrute de una mayor o menor protección en función de la nacionalidad de quien la haga.

-En segundo término, cabe inferir que el criterio seguido por la Comisión en el asunto *Micula* es trasladable a la supresión de incentivos a las renovables y, por lo tanto, la ejecución de los laudos implicaría el otorgamiento de ventajas económicas selectivas, imputables al Estado y financiadas con recursos estatales que falsean o amenazan con falsear la competencia y con potencial para afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Sin embargo, el esquema favorable a las renovables, pese a constituir *a priori* ayuda de Estado, no fue objeto de notificación a la Comisión conforme al artículo 108.3 TFUE y, por tanto, al tratarse de ayudas ilegales, con arreglo a la doctrina del TJUE, no podían generar expectativas legítimas.

-En tercer lugar, porque el conflicto entre el artículo 26 TCE por una parte y los TUE y TFUE por otra debe ventilarse con arreglo al principio de primacía del Derecho de la Unión, norma especial de conflicto en el campo del Derecho internacional y aplicable a los Derechos internos de los Estados miembros y a los Tratados internacionales en los que éstos sean partes. No debe obstar a lo anterior el que la Unión Europea y Euratom sean también signatarios del TCE. Y es que en el asunto *Achmea* el TJUE establece categóricamente que cualquier disposición de un Tratado internacional que permita el arbitraje de inversiones intra-UE resulta incompatible con el TFUE, resultando claro que el artículo 26 TCE integra una disposición de tal naturaleza. Cierto es que cabría la denuncia del TCE por parte de España, circunstancia que ya se ha producido en el caso de Italia, pero también lo es que los efectos de tal decisión (de un gran significado político) solo habría de producir efectos a futuro y no retroactivamente.

-Finalmente, aun cuando está pendiente de substanciarse, en su caso, el procedimiento del artículo 108 TFUE a través del cual la Comisión determine si el régimen dispuesto por España para el fomento de las energías renovables constituía una ayuda de Estado incompatible, también cabe concluir la inejecutabilidad de los laudos ya al amparo de la Convención de Nueva York, ya de acuerdo con el Convenio CIADI. En lo que hace a la primera, en atención a la excepción de resultar contrarios al orden público que prevé el artículo 5.2 b) de la misma (y es que el régimen de ayudas de Estado del artículo 107 TFUE integra desde luego tales normas de orden público). Por lo que respecta al Convenio CIADI, por cuanto si a la declaración de incompatibilidad de la ayuda sigue el restablecimiento de la misma al albur de la ejecución del laudo se estaría tratando de recuperar beneficios ilegales e incompatibles, desconociendo la Decisión de la Comisión y contraviniendo de forma frontal el artículo 107 TFUE.

La totalidad de los laudos dictados contra España se fundan en la vulneración del principio de trato justo y equitativo del artículo 10.1 TCE. Lo hacen, además, en procedimientos arbitrales iniciados en su gran mayoría por inversores de otros Estados miembros. Así las cosas, en estos casos intra-UE su ejecución ha de resultar inviable para España. Ello al no poder entrar en juego el artículo 26 TCE y comportar la misma el restablecimiento de un régimen de ayudas ilegales y, además, si así se declara por la Comisión, incompatibles con el mercado interior.

Sin embargo, no puede ignorarse que este razonamiento, seguido fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho de la Unión, puede resultar desconocido por los órganos judiciales de terceros Estados (véase, Estados Unidos o Australia, por citar solo unos ejemplos). Y estos países, vinculados a su vez por los compromisos que asumieron en cuanto signatarios del TCE, podrían desarrollar una eventual persecución de bienes del Reino de España en sus territorios. Pero ello, dotado sin duda de un gran simbolismo y quizá de otras implicaciones que van más allá de lo exclusivamente jurídico, sería otra historia.

## **22.6 Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH.**

Aun cabría -en una vuelta de tuerca más- una observación final acerca de la contradicción que podría producir la inejecución de laudos por mor de las exigencias del propio Derecho de la Unión. La cuestión es si puede el CEDH intermediar en la relación que se genera entre el Derecho de la Unión y el Convenio CIADI. Ello en el sentido de que los laudos dictados bajo el auspicio del Convenio CIADI tengan garantizada protección conforme a los artículos 1 del Protocolo N° 1 a la CEDH y el artículo 6.1 de la misma, de suerte que el Derecho de la Unión viniera obligado a reconocer tal status y a concebir la ejecución de los laudos como una cuestión atinente a los derechos fundamentales<sup>462</sup>.

El punto de partida en tal análisis ha de venir de la mano del contenido de los derechos a la propiedad (artículo 1 del Protocolo N° 1 a la CEDH) y a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH). Conforme al primero, la protección de la propiedad se traduce en que *«toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional»*.

---

<sup>462</sup> Sobre esta hipótesis, vid, CABRERA RODRÍGUEZ, J., *«From Washington to Luxembourg... stopping over at Strasbourg? Enforcement of ICSID awards under EU Law»*, Spanish yearbook of International Law, Vol. 20 (2016), págs. 49-69.

La doctrina del TEDH a proyectar a los laudos arbitrales de cara a que puedan ser consideradas posesiones dignas de protección las indemnizaciones en los mismos reconocidas implica la exigencia de que se trate de una deuda a favor del demandante que esté lo suficientemente acreditada como para ser ejecutada<sup>463</sup>. Dentro de tales características fácilmente podría incardinarse un laudo definitivo en el que la indemnización esté fijada. La falta de ejecución del laudo, ya venga motivada por actos normativos, ya por resoluciones judiciales que la hagan imposible, podría de esta forma implicar la vulneración del derecho.

En lo que respecta al segundo de los derechos mencionados, el relativo a un proceso equitativo equivale al derecho de toda persona a que «*su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*». En ese derecho debe entenderse comprendido el que la ejecución de las decisiones judiciales sea real y efectiva. Además, ha de subrayarse el que el TEDH ha extendido analógicamente la ejecución de las resoluciones judiciales a las arbitrales<sup>464</sup>.

La proyección de uno y otro derecho y la forma en la que se reconocen en el CEDH y por el TEDH permite afirmar que, dictado un laudo definitivo, aquél que ostente un derecho indemnizatorio reconocido, detenta no solo una posesión digna de protección sino también el derecho a que la misma se haga efectiva a través del proceso correspondiente. Paradójicamente, a que tal derecho se materialice se opone, en los términos expuestos, el Derecho de la Unión, el cual, sin embargo, en el artículo 52.3 CDFUE incorpora un estándar de protección mínimo para los derechos garantizados en el CEDH, reconociendo respectivamente en sus artículos 17 y 47 los derechos a la propiedad y a la tutela judicial efectiva (a interpretar precisamente conforme a los artículos 1 del Protocolo N° 1 a la CEDH y el artículo 6.1 de la misma).

---

<sup>463</sup> Esta es la expresión que se utiliza por primera vez por el TEDH en el asunto *Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis v. contra Grecia* (Sentencia de 9 de diciembre de 1994). Se expresa que para determinar si los demandantes tenían «*propiedad*» a los efectos del artículo 1 del Protocolo N° 1, el Tribunal debe examinar si la Sentencia del Tribunal de Distrito de Atenas y el laudo arbitral habían dado lugar a una «*reclamación suficientemente acreditada para ser ejecutada*» [§ 59]. Igualmente, en el asunto *Regent Company v. Ucrania* (Sentencia de 3 de abril de 2008), se precisa que «*las decisiones judiciales de los tribunales nacionales que reconocen que la sociedad demandante era la acreedora en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral [...] significa que tenía un crédito ejecutable que constituía una “posesión” en el sentido del artículo 1 del Protocolo N° 1*» [§ 61].

<sup>464</sup> Entre otros, asunto *Suda v. República Checa* (Sentencia de 28 de octubre de 2010), en el que se señala que el derecho de acceso a un tribunal no implica la obligación de acudir a un órgano de «*tipo convencional, integrado en las estructuras judiciales ordinaria del país*», de forma que un «*órgano encargado de resolver un número limitado de litigios específicos puede considerarse un tribunal siempre que ofrezca las garantías adecuadas*» [§ 48].

En efecto, el artículo 6.3 TUE destaca que «*los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*». Por su parte, el artículo 52.3 CDFUE representa la cláusula de incorporación o transferencia las normas fundamentales del CEDH al Derecho de la Unión, estableciendo que «*en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*».

Este último precepto sería el estándar mínimo de protección a otorgar por el Derecho de la Unión a los derechos fundamentales consagrados en el CEDH y, con ello, no puede descartarse que los inversores cuyos laudos no resultaren finalmente ejecutados pudieran postular ante el TEDH una vulneración de los citados preceptos y de la protección que los mismos han de dispensar. Piénsese al efecto en la necesidad de integrar las normas sobre derechos humanos en los litigios sobre inversiones. No en vano, como apunta SANTACROCE<sup>465</sup>, el Derecho internacional de los derechos humanos forma parte del *corpus* más amplio del Derecho internacional, el cual rige en las controversias derivadas de tratados de inversión, y sin perjuicio, además, de la necesidad de acudir al principio de interpretación sistemática consagrado en el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena.

---

<sup>465</sup> SANTACROCE, F.G., «*The applicability of Human Rights Law in International investment disputes*», ICSID Review, Vol. 34, N° 1 (2019), pág. 140.

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **CAPÍTULO VII**

### **CONCLUSIONES**

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*

## **VII. CONCLUSIONES**

Con base en cuanto se ha expuesto cabe poner fin al presente trabajo con la formulación de una serie de conclusiones / propuestas con las que se pretenden sistematizar los criterios que han de presidir la configuración del riesgo regulatorio, demandar un mayor rigor de la doctrina legal y constitucional a la hora de fiscalizar los límites a los que en el Derecho interno ha de someterse y, en última instancia, razonar la imposibilidad jurídica de que por parte de España se satisfagan los laudos arbitrales a los que viene siendo condenada por desconocer el trato justo y equitativo a inversores extranjeros dado que tal satisfacción contravendría, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el orden público representado por el régimen de ayudas de Estado.

### **1. Sistematización de los elementos que operan en el desenvolvimiento del riesgo regulatorio.**

Aun reconociendo el papel hasta ahora desempeñado por la construcción jurisprudencial que el riesgo regulatorio supone y pese a resultar comprensible que la Sala Tercera haya recurrido a la misma para tratar de conciliar el interés general con los intereses particulares, resulta necesaria la sistematización de aquellos elementos que operan en su desenvolvimiento. Ello puede hacerse en los siguientes términos:

a) El hábitat en el que puede desarrollarse el riesgo regulatorio tiene que estar sujeto de una forma más o menos intensa a la intervención o regulación administrativa. Sólo en tales ámbitos la actuación de los poderes públicos puede influir decisivamente en la esfera jurídica de los administrados y condicionar sus expectativas. En tal sentido, la mayor o menor generosidad con la que éste es concebido desde la perspectiva de los operadores puede abocar a un tratamiento desigual. El riesgo regulatorio se convierte así en una disfunción para la competencia. Y es que no solo se impide, restringe o falsea la competencia con el desarrollo de conductas colusorias por parte de los operadores, con el abuso de posición dominante o con la realización de actos desleales, sino también con políticas públicas de carácter proteccionista, de privilegio de determinados agentes o a través de la concesión de ayudas de Estado. La configuración de un riesgo regulatorio diferenciado según se trate de operadores nacionales o internacionales, en función de los criterios que a unos u otros se apliquen dependiendo de los órganos jurisdiccionales o arbitrales ante los que ventilen sus pretensiones, conduce inexorablemente a una alteración de la competencia al situar a unos operadores en una posición más favorable que a otros.

b) La invocación del riesgo regulatorio exige como premisa la claridad de la norma, incompatible con la generación de incertidumbres acerca de sus presupuestos de hecho, efectos o consecuencias jurídicas. Tal valoración en todo caso ni resultará fácil ni estará exenta de críticas, máxime en materias de gran complejidad técnica. La mayor calidad en la producción normativa puede ser observada desde dos dimensiones. De un lado, la calidad técnica o estrictamente formal, de acuerdo con la cual lo que se demanda es una mayor claridad en la utilización del lenguaje, mejor precisión o evitar la ambigüedad. De otro, la faceta material o, lo que es lo mismo, que se trate de una norma coherente con el ordenamiento jurídico preexistente y que responda a una sistemática lógica.

A ambos aspectos se refieren los principios de buena regulación introducidos por el artículo 129.1 LPACAP que, junto con las previsiones contenidas en la LRJSP, deviene clave en la fiscalización a efectuar en torno a la buena regulación. En todo caso, desde el punto de vista jurisdiccional, debe observarse que esa depuración técnica pueda efectuarse por los tribunales en el caso de disposiciones con rango inferior a la ley pero no puede esperarse que haga lo propio el Tribunal Constitucional cuando conozca de recursos de inconstitucionalidad contra *«leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley»* (artículo 161.1 a) de la Constitución). Ello por cuanto el Tribunal Constitucional viene declarando desde la STC 109/1987, de 29 de junio, que *«el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»* [F.J. 3º c].

Esa disfunción enfrenta un problema adicional. Y es que uno de los principios de buena regulación concernidos es el de seguridad jurídica (artículo 129.4 LPACAP) que, a su vez, representa un principio constitucional del artículo 9.3 de la Constitución. Consiguientemente, cuando de hacer valer la mentada finalidad se trata cabe postular que deba el Tribunal Constitucional entrar a conocer de cómo con una defectuosa técnica legislativa o a través de una producción normativa generadora de incertidumbre se debilita la seguridad jurídica. En caso contrario, resultaría ilusorio todo propósito de control normativo de las normas máxime si se tiene en cuenta la inexistencia de previsión específica que contemple las consecuencias que han de comportar la vulneración de los principios de buena regulación.

c) Demanda también de la producción de una modificación significativa y con una incidencia real en el régimen jurídico aplicable hasta el punto de que puedan verse afectados los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. En este punto es donde se residenciaron en la Sala Tercera las discrepancias a propósito de la distinta intensidad de las modificaciones en los incentivos a las renovables llevadas a cabo en los años 2010 y 2013.

d) Los cambios legislativos han de ser previsibles y derivados de exigencias claras del interés general. Lógicamente, no pueden ofrecerse al efecto criterios apriorísticos sino que serán las circunstancias concurrentes en cada caso las que diluciden tal juicio de previsibilidad y la finalidad realmente perseguida. Lo que ha de rechazarse es que el riesgo regulatorio actúe como un «*cheque en blanco*» que la doctrina legal y constitucional dispensen al legislador al socaire de un interés general y superior que en cada momento sea de apreciar y que avale cualquier justificación de reforma en detrimento de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Se hace precisa, pues, una justificación pormenorizada del porqué del cambio, de la evolución de las circunstancias que lo motivan o de en qué medida éste resulta indispensable para asegurar el necesario equilibrio económico o la salvaguarda de los intereses generales que deben ser servidos con objetividad por la Administración Pública.

e) Se requiere igualmente de un notable esfuerzo argumental y de una rigurosa ponderación de los elementos implicados en la controversia sobre la infracción de los mentados principios, habiéndose de valorar de forma singular la diligencia mostrada por los operadores económicos, inversores o, en general, los administrados concernidos por la normativa. Entran en juego conceptos jurídicos indeterminados como los de «*operador económico prudente y diligente*» respecto de los que muy difícilmente puede establecerse un estándar único, máxime en ámbitos donde se han desarrollado ampliamente procesos liberalizadores. Debe, pues, extremarse la precaución a la hora de valorar quiénes eran o han podido ser los destinatarios de las modificaciones legislativas y hasta qué punto éstos podrían haberlas previsto y actuar en consecuencia.

f) Relevante resultará en el debate procesal la naturaleza de la impugnación que se efectúe y su carácter mas o menos abstracto. Ello por cuanto si no se suscita con ocasión del recurso el examen de situaciones concretas, difícilmente pueda ir el Tribunal mas allá de la simple proyección teórica de los principios constitucionales en concurso. En tal sentido, los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos a raíz de la STC 270/2015, de 17 de diciembre, han sido objeto de múltiples críticas precisamente por el tratamiento superficial dispensado a la decisión que adopta y la forma en que la justifica, circunstancia ésta puesta de manifiesto incluso por el propio Voto particular que incorpora.

g) En última instancia, debe evitarse la equiparación entre riesgo regulatorio y riesgo de mercado so pena de volatilizar la seguridad jurídica y la confianza legítima. Baste recordar que la reforma operada por el Real Decreto-ley 9/2013 implicó abandonar el reconocimiento de una prima o tarifa regulada, sustituyéndola por la participación en el mercado más allá del complemento previsto de una retribución regulada específica que garantizase a las instalaciones una rentabilidad razonable. Cabe cuestionarse si era previsible el que seis años después de implementarse el modelo de incentivos el mismo podría verse sustancialmente alterado aun cuando el período regulatorio previsto inicialmente se extendía hasta los treinta años.

## **2. Necesidad de reforzar las exigencias de la doctrina legal y constitucional al fiscalizar los límites a los que el riesgo regulatorio debe someterse en el Derecho interno.**

El riesgo regulatorio debe quedar sujeto a límites. En tal sentido, en el análisis llevado a cabo en el Capítulo IV se critica el que tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional hayan relajado sustancialmente la operatividad de tales límites, contribuyendo a que el legislador o el Ejecutivo encuentren cada vez mayores facilidades a la hora de dar cobijo a sus actuaciones bajo el paraguas de la doctrina del riesgo regulatorio y eludir así las consecuencias jurídicas que se le demanden por modificaciones inopinadas. Lo anterior se evidencia en lo concerniente a los principios de seguridad jurídica, legítima confianza e irretroactividad y protección de derechos adquiridos.

a) En primer lugar, por lo que se refiere a la seguridad jurídica, se ha subrayado que ésta no puede confundirse con la permanencia de las normas o estabilidad del marco jurídico. Sin embargo, la invocación que de tal principio se haga sí que debería llevar a analizar en todo caso el resto de principios con los que se relaciona e, incluso, como en la dogmática alemana, verificar si existe algún derecho fundamental afectado. Consiguientemente, no cabe admitir un mero conformismo con la voluntad que el legislador expresa y la motivación que explicita. Como tampoco que sean los tribunales los que rebajen el estándar de protección al albur de juzgar las decisiones de los operadores económicos con parámetros no contemplados en el momento en el que la inversión se produjo.

b) En segundo término, en lo que a la legítima confianza se refiere y ante la reconocida por la doctrina constitucional ausencia de una doctrina autónoma en torno a la misma, se ha formulado al respecto propuesta en el apartado 3.5 del Capítulo IV. Con arreglo a la misma y más allá de lo subjetivo que resulta calificar como «*imprevisible*» un determinado cambio normativo y del escollo que representa (o la inseguridad que genera) trazar “*a priori*” el perfil del operador económico prudente, se plantea la introducción de las tres cuestiones que siguen:

-Distinguir, con arreglo a la teoría de las situaciones jurídicas de DUGUIT, entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras, de carácter general, se crean por normas de naturaleza legal o reglamentaria y tienen la vía de Derecho constantemente abierta. Las subjetivas, por su parte, responden a una protección especial e individual y son generadas por un acto singular distinto de la ley o el reglamento. Sobre tal base, mientras que las objetivas no pueden oponerse a un cambio normativo por representar una situación a la que se acogen un número no concretado de sujetos, las subjetivas no pueden alterarse o invalidarse por normas de carácter general. Lo provechoso de esta doctrina en la proyección que de la misma puede hacerse al campo de las modificaciones normativas atañe a aquellos supuestos en los que una norma, legal o reglamentaria, ha configurado un determinado estatuto jurídico. Éste, en principio, resultaría modificable sin más limitación que la representada por la retroactividad prohibida. Sin embargo, en aplicación de esa norma general pueden haberse configurado situaciones subjetivas, siendo así que éstas teóricamente no podrían resultar afectadas por tal modificación. La clave se sitúa entonces en discernir cuando ha tenido lugar esa concreción subjetiva de una situación en aplicación de la disposición general.

-Aplicar el principio de proporcionalidad y llevar a cabo una adecuada ponderación de todos los intereses en concurso. Si del análisis de legítimas expectativas frustradas se trata, éste no resultaría completo si no se tiene en cuenta el verdadero impacto de la modificación normativa.

-Actuar con precaución a la hora de apreciar la concurrencia de un «*interés público superior*» que impida proteger la confianza legítima. Ello por cuanto definir apriorísticamente qué integra tal interés público superior es una misión difícil de completar. Habrá de ser en cada caso el legislador el que haya de justificarlo y cuestión distinta será la mayor o menor propensión de los Altos Tribunales a desautorizar tales razones superiores.

c) Finalmente, en cuanto a la forma en la que concebir la irretroactividad incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución y los derechos adquiridos, se ha destacado que se tratará de salvaguardar aquellas situaciones jurídicas generadas al amparo de una norma que pierde su vigencia al ser derogada o modificada. A tal efecto, se ha propuesto en el apartado 4.3 del Capítulo IV la forma en la que al efecto concebir la retroactividad. Y es que cuando se está ante obligaciones jurídicas de tracto sucesivo, atender al carácter acabado o no de la relación para resolver la retroactividad de la norma aboca a un concepto excesivamente amplio de la misma y desvirtuaría en buena medida el principio de irretroactividad.

Parece por ello más razonable fijar la atención en si las consecuencias jurídicas de la nueva norma se extienden al pasado o solo se proyectan hacia el futuro. La retroactividad solo será así predicable de la norma si sus efectos afectan a momentos anteriores a su entrada en vigor. El que la relación jurídica a la que la norma atañe no se haya agotado resultará irrelevante, cosa lógica si se tiene en cuenta que tal carácter de tracto sucesivo hace más que probable que así sea. Dilucidado el carácter retroactivo con arreglo al citado criterio, será el momento de valorar si se está ante un supuesto de retroactividad prohibida, no ya por incardinarse en alguno de los supuestos que el artículo 9.3 de la Constitución contempla sino por mor de la colisión con los principios de seguridad jurídica o de confianza legítima. No en vano ambos se erigen en los parámetros que integran el canon de constitucionalidad de las normas retroactivas.

También se propuso diferenciar entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Mientras que las primeras resultan alterables con la modificación del régimen jurídico que las rige, las segundas estarían protegidas de cara a ser restringidas por la irretroactividad en tanto que «*derechos individuales*». El salto cualitativo de la situación estatutaria (normativamente regida y respecto de la que no puede pretenderse un mantenimiento de su régimen jurídico), al derecho individual en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución (protegido por la garantía de irretroactividad en su restricción) tiene lugar a través de un acto «*nominativo*» y que da lugar a la «*patrimonialización de un derecho*». De qué se considere como tal y de la extensión que del concepto de situación estatutaria se configure dependerá la mayor o menor amplitud de la noción derechos individuales y la operatividad del límite a su restricción.

### **3. Inviabilidad de la doctrina del riesgo regulatorio al Derecho internacional transnacional e imposibilidad jurídica de satisfacer las indemnizaciones fijadas en laudos al contravenir el orden público representado por el régimen de ayudas de Estado.**

El Estado de Georgia aprobó en 1830 una ley que obligaba a los blancos a contar con una licencia para vivir en tierras indias. Samuel Austin Worcester, misionero en el territorio de los Cherokee, contravino aquella norma y resultó encarcelado. Consiguió no obstante llevar el asunto al Tribunal Supremo postulando que tal exigencia era inconstitucional porque implicaba desconocer la soberanía de la Nación Cherokee para administrar su propio territorio. En el fallo del asunto *Worcester v. Georgia* (1832) el Tribunal Supremo estadounidense dictaminó que la Nación Cherokee constituía una comunidad política distinta e independiente, con su propio territorio y conservando sus derechos naturales originales. Las leyes de Georgia no tenían fuerza alguna en el territorio indio y la relación se articulaba exclusivamente con el Gobierno de la Unión en el marco de la Constitución, los Tratados y las leyes de los Estados Unidos.

## VII. Conclusiones

Al conocer la decisión, el Presidente norteamericano Andrew Jackson, quien dos años antes había promovido la aprobación de la «*Indian Removal Act*» (o del traslado forzoso de los indios), mostró su indignación con el Presidente del Tribunal y su fallo en estos términos: «*John Marshall has made his decision; now let him enforce it!*». Con ello anticipaba su escaso interés en la ejecución de la Sentencia y una nula disposición a hacerla efectiva.

Traer a colación el asunto *Worcester v. Georgia* resulta de interés en un doble sentido. De un lado, por cuanto tiene de enseñanza sobre cómo enfrentar los problemas que genera la interacción de comunidades diferenciadas, entre las que hasta ese momento ninguna relación se había precisado disciplinar y que aparecen dotadas de sus respectivos sistemas jurídicos (es el caso del arbitraje de inversión y como se comporta hacia el Derecho de la Unión Europea y el de los Estados miembros). De otro, porque muestra que Sentencias y laudos no serían más que pedazos de papel si no existe una voluntad de que sean reconocidos y aplicados o se dispone de mecanismos para garantizar su efectividad.

En efecto, a lo largo del Capítulo VI se ha discurrido por los aspectos sustantivos y procedimentales más destacados en torno al arbitraje de inversión, subrayando el que se trata de un mundo jurídico distinto del que representan los órganos jurisdiccionales nacionales y que opera al margen de los mismos. No entra así en juego la doctrina del riesgo regulatorio sino que lo que se protegen son las legítimas expectativas de los inversores a través del compromiso de dispensar un trato justo y equitativo por parte del Estado huésped de la inversión.

Al hilo del proceloso recorrido de los arbitrajes contra España derivados de las modificaciones de los incentivos a las energías renovables de los años 2010 y 2013 se ha destacado que, si bien puede entenderse justificada la existencia de un sistema arbitral que provea de una mayor seguridad jurídica o haga más atractivas las inversiones extranjeras, no parece razonable que con ello se genere un desequilibrio respecto de los operadores nacionales. En definitiva, no resulta admisible que la norma del estándar mínimo de trato pueda acabar convirtiéndose en una norma que se traduzca en un trato de favor al inversor foráneo. Las consecuencias más significativas que de ello se desprenden son las dos siguientes:

a) De una parte, el que la Sentencia *Achmea* ha supuesto el fin de los TBIs intra-UE o, lo que es lo mismo, la posibilidad de que los Estados miembros suscriban acuerdos internacionales conforme a los cuales un inversor de uno de esos Estados miembros pueda, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

Ello se ha plasmado en el «*Acuerdo de terminación*» de los Tratados bilaterales de inversión intra-UE suscrito el 5 de mayo de 2020 (con vigencia desde el 29 de agosto) por hasta veintitrés Estados miembros y entre los que se encuentra España.

Pero también tiene su reflejo en el proceso de Modernización del TCE. De esta forma, el 24 de junio de 2022 se ha hecho público un «*principio de acuerdo*» en torno a la misma con arreglo al cual explícitamente se contempla que tanto el artículo 26 TCE (encargado de regular el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados Parte del TCE) como el 27 TCE (en relación con las controversias entre Estados) no será de aplicación entre Partes Contratantes que sean miembros de la misma organización regional de integración económica. Nótese que la Unión Europea es la única organización de esta naturaleza que es Parte Contratante del TCE. Consiguientemente, de entrar en vigor finalmente el TCE modernizado, ello implicará la imposibilidad para los inversores nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea de acudir a los mecanismos de solución de controversias de los artículos 26 y 27 TCE cuando la Parte demandada sea otro Estado miembro de la Unión.

Se institucionalizaría así la imposibilidad de que inversores comunitarios y Estados miembros de la Unión ventilen sus diferencias ante órganos ajenos al esquema de recursos del artículo 19.1 2º TUE y, al desconocerse el monopolio que corresponde al TJUE, puedan comprometer el principio de autonomía del Derecho comunitario. En tal sentido, problemáticas como la representada por el asunto *Micula* o también las atinentes a las modificaciones de los incentivos a las renovables en el caso de España no se habrían de reproducir en el futuro.

b) De otra, por lo que respecta a las indemnizaciones impuestas a España en laudos condenatorios por haber desconocido el trato justo y equitativo a los inversores, se ha motivado en el apartado 22.5 del Capítulo VI la improcedencia de que sean satisfechos desde el momento en que hacerlo supondría contravenir el orden público que, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, representa el régimen de ayudas de Estado.

Esta tesis, de la que se encuentra ausente cualquier ánimo predictivo (no en vano se trata de un conflicto jurídico complejo que se encuentra aun vivo y con multitud de frentes abiertos a lo largo de todo el planeta), se basa en estos razonamientos jurídicos:

-En primer lugar, se evitaría incurrir en la discriminación por razón de la nacionalidad que proscriben los artículos 14 de la Constitución o 18 TFUE. Tal tratamiento desigual opera de entrada entre nacionales y extranjeros a raíz de la distinta concepción de las legítimas expectativas sostenida por los Tribunales Supremo y Constitucional por un lado y los distintos

órganos arbitrales por otro. También se habría de hacer extensivo al enfoque diverso al que se someten inversores intra-UE y extra-UE. Se estaría en definitiva quebrando la perfecta igualdad de trato de quienes se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario con respecto a los nacionales de un Estado miembro, haciendo que una misma inversión disfrute de una mayor o menor protección en función de la nacionalidad de quien la haga.

-En segundo término, cabe inferir que el criterio seguido por la Comisión en el asunto *Micula* es trasladable a la supresión de incentivos a las renovables y, por lo tanto, la ejecución de los laudos implicaría el otorgamiento de ventajas económicas selectivas, imputables al Estado y financiadas con recursos estatales que falsean o amenazan con falsear la competencia y con potencial para afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Sin embargo, el esquema favorable a las renovables, pese a constituir *a priori* ayuda de Estado, no fue objeto de notificación a la Comisión conforme al artículo 108.3 TFUE y, por tanto, al tratarse de ayudas ilegales, con arreglo a la doctrina del TJUE, no podían generar expectativas legítimas.

-En tercer lugar, porque el conflicto entre el artículo 26 TCE por una parte y los TUE y TFUE por otra debe ventilarse con arreglo al principio de primacía del Derecho de la Unión, norma especial de conflicto en el campo del Derecho internacional y aplicable a los Derechos internos de los Estados miembros y a los Tratados internacionales en los que éstos sean partes. No debe obstar a lo anterior el que la Unión Europea y Euratom sean también signatarios del TCE. Y es que en el asunto *Achmea* el TJUE establece categóricamente que cualquier disposición de un Tratado internacional que permita el arbitraje de inversiones intra-UE resulta incompatible con el TFUE, resultando claro que el artículo 26 TCE integra una disposición de tal naturaleza. Cierto es que cabría la denuncia del TCE por parte de España, circunstancia que ya se ha producido en el caso de Italia, pero también lo es que los efectos de tal decisión (de un gran significado político) solo habría de producir efectos a futuro y no retroactivamente.

-Finalmente, aun cuando está pendiente de substanciarse, en su caso, el procedimiento del artículo 108 TFUE a través del cual la Comisión determine si el régimen dispuesto por España para el fomento de las energías renovables constituía una ayuda de Estado incompatible, también cabe concluir la inejecutabilidad de los laudos ya al amparo de la Convención de Nueva York, ya de acuerdo con el Convenio CIADI. En lo que hace a la primera, en atención a la excepción de resultar contrarios al orden público que prevé el artículo 5.2 b) de la misma (y es que el régimen de ayudas de Estado del artículo 107 TFUE integra desde luego tales normas de orden público). Por lo que respecta al Convenio CIADI, por cuanto si a la declaración de incompatibilidad de la ayuda sigue el restablecimiento de la misma al albur de la ejecución del laudo se estaría tratando de recuperar beneficios ilegales e incompatibles, desconociendo la Decisión de la Comisión y contraviniendo de forma frontal el artículo 107 TFUE.

Adviértase que la totalidad de los laudos dictados contra España en materia de modificaciones al régimen de incentivos a las energías renovables se fundan en la vulneración del principio de trato justo y equitativo del artículo 10.1 TCE. Lo hacen, además, en procedimientos arbitrales iniciados en su gran mayoría por inversores de otros Estados miembros. Así las cosas, en estos casos intra-UE su ejecución ha de resultar inviable para España. Ello al no poder entrar en juego el artículo 26 TCE y comportar la misma el restablecimiento de un régimen de ayudas ilegales y, además, si así se declara por la Comisión, incompatibles con el mercado interior.

Sin embargo, no puede ignorarse que este razonamiento, seguido fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho de la Unión, puede resultar desconocido por los órganos judiciales de terceros Estados (véase, Estados Unidos o Australia, por citar solo unos ejemplos). Y estos países, vinculados a su vez por los compromisos que asumieron en cuanto signatarios del TCE, podrían desarrollar una eventual persecución de bienes del Reino de España en sus territorios. Pero ello, dotado sin duda de un gran simbolismo y quizá de otras implicaciones que van más allá de lo exclusivamente jurídico, sería otra historia.

## BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J.F., «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: a propósito de la STC/2015, sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables». *Actualidad Jurídica Ambiental*, (55), marzo 2016, pág. 3-22.

ALONSO TIMÓN, J.A., «Hacia una mejora de la calidad normativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, (207), julio - septiembre 2020, págs. 237-264.

ÁLVAREZ, G.M., «Redefining the relationship between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: from a normative conflict to a policy tension», *ICSID Review*, Vol. 33, Nº 2 (2018), págs. 1-22.

ALVIK, I., «The justification of privilege in International Investment Law: preferential treatment of foreign investors as a problem of legitimacy», *The European Journal of International Law*, (Volume 31 Issue 1), febrero 2020, págs. 289-312.

AMÉRIGO ALONSO, J., «Principio de confianza legítima», en «*Procedimiento Administrativo Europeo*», Dir. por SORIANO GARCÍA, J.E., Civitas, 2012, págs. 91-122.

ARAUJO BARCELÓ, A., «Los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el nuevo régimen aplicable a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables: ¿dónde quedan los límites al riesgo regulatorio?», *Actualidad Administrativa*, (10), octubre 2016.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», *Revista Otrosí* (5ª época), (6), págs. 17-24.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «Límites constitucionales a la innovación legislativa, retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado. (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?)», *Documentación Administrativa*, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 105-135.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «Riesgo Regulatorio: cambios normativos y confianza legítima en el sector energético», en «*Competencia en mercados con recursos esenciales compartidos: Telecomunicaciones y energía*», Coord. RUIZ PERIS, J.I., CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., Aranzadi, 2019, págs. 15 a 22.

BALSA PASCUAL, C. y ÁLVAREZ SUÁREZ, M., «Mecanismos de la Ley de garantía de la unidad de mercado. La buena regulación al alcance de los operadores» (3ª Parte, Capítulo 17), en «*Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*», Coord. GUILLÉN CARAMES, J., Civitas, 2017.

BAÑO LEÓN, J.M., «Cave legislatorem. Confianza en el legislador de interés general», en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 2), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 81-102

BARNÉS VÁZQUEZ, J. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., «*Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 191-217

BARRERO RODRÍGUEZ, C., «*El respeto a los derechos adquiridos*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 137-183.

BATTINI, S., «*Diritto amministrativo e “entanglement” globale (Simposio: Il “caso Micula”)*», Rivista trimestrale di diritto pubblico, N° 2 (2017), págs. 325-341.

BATTINI, S., «*Il “caso Micula”. Diritto amministrativo e entanglement globale*», Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, Vol. 2 (2017), págs. 325-341.

BELADÍEZ ROJO, M., «*Los principios jurídicos*», Civitas, 1994.

BELLANTUONO, G., «*The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector*», Journal of World Energy Law and Business, (Volume 10 Issue 4), agosto 2017, págs. 274-292.

BELTRÁN DE FELIPE, M., «*¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAP y PAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna*», Revista General de Derecho Administrativo, (16), 2007.

BENTHAM, J., «*Nomografía o el arte de redactar leyes*», Senado de la República de México, 2009.

BERMANN, G.A., «*Understanding ICSID Article 54*», ICSID Review, Vol. 35, N° 1-2 (2020), págs. 311-344.

BERMEJO VERA, J., «*El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*», Thomson-Civitas, 2005.

BLANDFORD, C., «*The history of fair and equitable treatment before the Second World War*», ICSID Review, Vol. 32, N° 2 (2017), págs. 287-303.

BOBBIO, N., «*La certezza del diritto é un mito?*», Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, (28), 1951, págs. 146-157.

BOIX PALOP, A. y GIMENO FERNÁNDEZ, C., «*La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad*», Universitat de Valencia, 2020.

CABALLERO SÁNCHEZ, R., «*Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto*» en «*Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*», Coord. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Iustel, 2011, págs. 39-70.

CABRERA RODRÍGUEZ, J., «*From Washington to Luxembourg... stopping over at Strasbourg? Enforcement of ICSID awards under EU Law*», Spanish yearbook of International Law, Vol. 20 (2016), págs. 49-69.

CABRILLAC, M., «*El nuevo Derecho francés de los contratos*», Themis, (70), 2016, págs. 59-66.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «*Arbitraje internacional de inversiones y derecho a regular de los estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP*», Revista Española de Derecho Europeo, (58), abril - junio 2016, págs. 13-45

CARDUCCI, G., «*A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and “Preclude” in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration*», ICSID Review, Vol. 33, N° 2 (2018), págs 582-619.

CASERO BARRÓN, R., «*Interpretación de la norma jurídica: lógica, teológica y analógica*», Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

CASTÁN TOBEÑAS, J., «*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*», Reus, 1947.

CASTILLO BLANCO, F.A., «*El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 21-72.

CASTILLO BLANCO, F.A., «*La protección de confianza en el Derecho Administrativo*», Marcial Pons, 1998.

CASTRO-GIL AMIGO, J. y GARCÍA BRIEVA, J., «*Asimetría de los operadores energéticos y la previsibilidad del riesgo regulatorio*» en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 163-190.

CONDORELLI, M. y PRESSACO, L., «*Overruling e prevedibilità della decisioni*», *Questione giustizia: trimestrale promosso da Magistratura democratica*, (4), 2018, págs. 112 a 125.

CRAWFORD, J., «*Treaty and contract in investment arbitration*», *Arbitration International*, Vol. 24, N° 3 (2018), págs. 351-374.

DE BELLIS, M., «*Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N° 2 (2017), págs. 355-369.

DE DIEGO, C., «*Instituciones de Derecho Civil*», Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «*Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos*», en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 2), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 29-80.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «*Tratados de inversión y mutación del Derecho Público: ¿Derecho Público Transnacional?*», *Revista de Administración Pública*, (212), mayo - agosto 2020, págs. 13-54.

DESDENTADO DAROCA, E. y LOSADA GONZÁLEZ, H., «*El problema de la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), septiembre - diciembre 2014, págs. 317-352.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «*La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57), mayo - agosto 2017, págs. 403-429.

DOUGLAS, Z., «*The International law of investment claims*», Cambridge University Press, 2009.

DUGUIT, L., «*Traité de Droit Constitutionnel*», 3ª Edición, Tomo II, París, 1928.

DUMBERRY, P., «*The importation of the FET standard through MFN clauses: an empirical study of BITs*», ICSID Review, Vol. 32, N° 1 (2017), págs. 116-137.

EMBED TELLO, A.E., «Calidad normativa y evaluación ex-post de las normas jurídicas», Revista General de Derecho Administrativo, (50), 2019.

ERASMO, «Educación del Príncipe Cristiano» en «Obras escogidas», Aguilar, 1956.

ESKRIDGE (Jr), W.N., «Dynamic statutory interpretation», Harvard University Press, 1994.

ESTEVE PARDO, J., «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad», Documentación Administrativa, Nueva Época, (1), enero - diciembre 2014.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación», Anuario de Filosofía del Derecho, (33), 2017, págs. 63-98.

FERRO, G., «Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura», Texto de Discusión (25), marzo 2001, Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa.

FORTIER, L.Y. y DRYMER, S.L., «Indirect expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or caveat investor», ICSID Review, Vol. 19, N° 2 (2004), págs. 293 - 327.

FUNDACIÓN FIDE, «Conclusiones y Propuestas» del Grupo de Trabajo FIDE Derecho Regulatorio, de 27 de marzo de 2019. <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/11/FIDE-Doc.-Conclusiones-Grupo-de-Trabajo-Derecho-Regulatorio.pdf> [Última visita: 31/7/22].

FUNDACIÓN FIDE, «Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato» elaborado por el «Gabinete de crisis en materia civil y mercantil». <https://thinkfide.com/propuesta-de-regulacion-legal-de-la-excesiva-onerosidad-de-la-prestacion-y-de-la-frustracion-del-fin-del-contrato-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-sobre-la-clausula-rebus-sic-stantibus/> [Última visita 31/7/22].

GAILLARD, E. y MITREV PENUSHLISKI, I., «State compliance with investment awards», ICSID Review, Vol. 35, N° 3 (2020), págs. 540-594.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», Revista Aragonesa Administración Pública, (43-44), 2014, págs. 9-70.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E., «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas», Civitas, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», Revista de Administración Pública, (159), septiembre - diciembre 2002, págs. 173-208.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., «Curso de Derecho Administrativo I», Thomson Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., «Curso de Derecho Administrativo II», Thomson Civitas, 2006.

GARCÍA OLMEDO, J., «Claims by dual nationals under Investments Treaties: are investors entitled to sue their own States?», Journal of International Dispute Settlement, Vol. 8 (2017), págs. 695-727.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., «El derecho a regular de los Estados. Una aproximación al CETA», Anuario de Arbitraje, Civitas, 2017

GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., «Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento» en «Tratado de Procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público» (Tomo II), Coord. por GAMERO CASADO, E., Tirant lo blanch, 2017, págs. 2551-2580.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Curso de Derecho Internacional Público», Civitas 2002.

GORDILLO PÉREZ, L.I., «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, Nº 2 (2017), págs. 330-354.

HAPPOLD, M., «Eskosol v. Italy: EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes», ICSID Review, Vol. 36, Nº 2 (2021), págs. 278-285.

HERNÁNDEZ SERNA, M., «La garantía constitucional de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Comentario a las SSTCo 45/2018, de 26 de abril y 51/2018, de 10 de mayo», Revista de Jurisprudencia El Derecho, (1), febrero 2019.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones», Revista de Derecho Comunitario Europeo, (52), septiembre - diciembre 2015, págs. 871-907.

HOBÉR, K., «The Energy Charter Treaty: a commentary», Oxford, 2020.

HODGSON, M. y RIVERA, E., «UP and CD Holding Internationale v. Hungary: Achmea is not the end of intra-UE ICSID Arbitration», ICSID Review, Vol. 35, Nº 1-2 (2020), págs. 197-205.

INMMORDINO, M. y MODICA, C., «El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico italiano», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 281-327.

IRANZO CEREZO, J.D., «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», Revista Española de Derecho Administrativo, (205), abril - junio 2020, págs. 201-226.

IRANZO CEREZO, J.D., «Remuneration to avoid compensation», European State Aid Law Quaterly, (2020 Issue 3), págs. 392-395.

IRANZO CEREZO, J.D., «Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global», Revista CEF-Legal, (239), 2020, págs. 87-122.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., «Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?», Revista de Derecho Comunitario Europeo, (59), enero - abril 2018, págs. 219-262.

JELLINEK, G., «System der subjektiven öffentlichen Rechte», Tübingen, 1905.

JELLINEK, G., «Teoría general del Derecho», B de F, 2005.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. Y PASCUAL VIVES, F.J., «La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea», en «Riesgo regulatorio en las energías renovables» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 73-162.

JIMÉNEZ SEGADO, C., «El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt», Revista de Estudios Políticos (Nueva época), (161), Julio-Septiembre 2013, págs. 41-67.

KALICKI, J. y MEDEIROS, S. «*Fair, Equitable and Ambiguous: What is fair and equitable treatment in International Investment Law?*», ICSID Review, Vol. 22, Nº 1 (2007), págs. 24-54.

KELSEN, H., «*Teoría general del Derecho*», Comares, 2002.

KINGSBURY, B. y SCHILL, S., «*El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad y el emergente Derecho Administrativo global*», en «*Hacia el Derecho Administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*», Coord. por KINGSBURY, B. y STEWART, R.B., Global Law Press, 2016, págs. 565-639.

KIRKPATRICK, C. y PARKER, D., «*Regulatory impact assessment: Towards better regulation?*», Edward Elgar, 2007.

KOTICK, B. y DAHLQUIST CULLBORG, J., «*A (counter) balancing act: the express power to order a security on a stay of enforcement pending annulment*», ICSID Review, Vol. 32, Nº 1 (2018), págs. 260-279.

KURTZ, J., «*The MFN standard and the Foreign Investment: An uneasy fit?*», The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nº 6 (2004), págs. 861-886.

LAGUNA DE PAZ, J.C., «*Los servicios de interés general en la Unión Europea*», Revista PUCP, (76), 2016, págs. 19-50.

LÓPEZ DONAIRE, B., «*Análisis de las últimas novedades en materia de calidad normativa en el ordenamiento a raíz de la Ley 39/2015. Hacia una legislación inteligente*», Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-LaMancha, (14), 2018, págs. 163-192.

LÓPEZ GARRIDO, D., «*Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica*», Revista del Centro de Estudios Constitucionales, (15), mayo - agosto 1993, págs. 79-96.

LÓPEZ MENUDO, F., «*El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*», Instituto García Oviedo, 1982.

LÓPEZ MENUDO, F., «*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*», Documentación Administrativa, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 73-104.

MACCHIA, M., «*Il labirinto amministrativo tra discrezionalità e regole*», Rivista trimestrale di diritto pubblico, Nº 2 (2017), págs. 343-353.

MARTÍN PALLÍN, J.A. y SÁNCHEZ CORZO, J., «*La cascada legislativa que ahoga las energías renovables*» en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 219-241.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «*El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?*», Revista de Derecho Comunitario Europeo, (52), septiembre - diciembre 2015, págs. 825-869.

MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., «*El principio de confianza legítima como garantía de los administrados*», en «*Derechos y garantías de los ciudadanos: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*», Iustel, 2011, págs. 797-835.

MINGORANCE MARTÍN, C., «*Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales*», Revista Andaluza de Administración Pública, (87), septiembre- diciembre 2013, págs. 137-185.

MOMIC, M., «*Can an ICSID arbitral Award for the compensation of amagues be regarded as State Aid?*», European State Aid Law Quarterly, Vol 3. (2019), págs. 346-351.

MORAR, C., «*Several social impacts of mine closures in the disadvantaged areas of Bihor County, Romania*», Forum geografic. Studii și cercetări de geografie și protecția mediului, Vol. 10, Nº 2 (2011), págs. 303-311.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), «*Diccionario panhispánico del español jurídico*», Santillana, 2017.

MUÑOZ MACHADO, S., «*Regulación y confianza legítima*», Revista de Administración Pública, (200), mayo - agosto 2016, págs. 141-172.

MUÑOZ MACHADO, S., «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*», Tomo XIV, «*La actividad regulatoria de la Administración*», Boletín Oficial del Estado, 2015.

MUTIS TÉLLEZ, F. «*Conditions and criteria for the protection of legitimate expectations under International Investment Law*», ICSID Review, Vol. 27, Nº 2 (2012), págs. 432-442.

NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, I., «*Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015*», Revista Vasca de Administración Pública, (109), septiembre - diciembre 2017, págs. 389-419.

NIETO, A., «*Los derechos adquiridos de los funcionarios*», Revista de Administración Pública, (39), septiembre - diciembre 1962, págs. 241-266.

ORTOLANI, P., «*Intra-UE arbitral awards vis-à-vis article 107 TFUE: State Aid Law as a limit to compliance*», Journal of International Dispute Settlement, Vol. 6 (2015), págs. 118-135.

PAREJO ALFONSO, L., «*Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad*» en «*Riesgo regulatorio en las energías renovables*» (Vol. 1), Coord. por CASTRO-GIL AMIGO, J., Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 29 a 72.

PAREJO ALFONSO, L., «*El Riesgo Regulatorio. La doctrina sentada por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional federal Alemán del 6 de diciembre de 2016, a propósito del abandono de la utilización de la Energía Nuclear*», en «*El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisuales y TIC*», Coord. CÍCERI PIZO, O., Universidad Externado de Colombia, 2017, págs. 225 a 266.

PASCHALIDIS, P., «*Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*», Arbitration Internacional, Nº 0 (2016), págs. 1-23.

PASSANANTE, L., «*Prospective Overruling: certeza del derecho y del proceso*», en «*Derecho material y proceso: el modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material: ponencias del séptimo seminario internacional de derecho procesal: Proceso y Constitución*», Dir. por PRIORI POSADA, G., Palestra Editores, 2017, págs. 459-476.

PÉREZ LUÑO, A.E., «*La seguridad jurídica*», Ariel, 1991.

PÉREZ RENOVALES, J., «*Mejores leyes y mejor conocidas*», Nueva revista de política, cultura y arte, (154), 2015, págs. 237-251.

PESET REIG, M., «*Notas para una interpretación de Leon Duguit (1859-1928): dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica*», (157), enero - febrero 1968, págs. 169-207.

PEYRON, C., «*Stare decisis: valore o disvalor?*», Questione Giustizia, (4), 2003, págs. 793-801.

POTESTÀ, M., «*Legitimate expectations in investment Treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept*», ICSID Review, Vol. 28, Nº 1 (2013), págs. 88-122.

REVUELTA PÉREZ, I., «*Estándar del inversor prudente y confianza legítima*», Revista de Administración Pública, (208), enero - abril 2019, págs. 403-430.

ROBERTS, A., «*Power and persuasion in investment Treaty interpretation: the dual role of States*», *American Journal of International Law*, (Volume 104 Issue 2), abril 2010, págs. 179-225.

RODRÍGUEZ BAJÓN, S., «*El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites*», *Revista de Administración Pública*, (188), mayo - agosto 2012, págs. 189-205.

ROOT, E., Discurso dirigido el 28 de abril de 1910 a la Sociedad Americana de Derecho Internacional, en «*Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*» (Vol. 4), Cambridge University Press.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «*Venire contra factum proprium non valet*», *Documentación Administrativa*, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 223-246.

SANTACROCE, F.G., «*The applicability of Human Rights Law in International investment disputes*», *ICSID Review*, Vol. 34, N° 1 (2019), pág. 136-155.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «*La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*», *Revista de Administración Pública*, (68), mayo - agosto 1972, págs. 57-136.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «*Sectores regulados y competencia: un dilema complejo*», en «*Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*», Coord. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Iustel, 2011, págs. 23-38.

SCHMITT, C., «*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*», Tübingen, Internationaler Universitäts-verlag, 1950.

SCHNEIDER, J.P., «*Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán*», *Documentación Administrativa*, (263-264), mayo - diciembre 2002, págs. 249-279.

SELIVANOVA, Y. S., «*Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases*», *ICSID Review*, Vol. 33, N° 2 (2018), págs. 433-455.

SERRANO CALLE, S., «*El riesgo regulatorio en el sector energético: índice de evaluación de la calidad regulatoria energética (ICRE)*», Fundación EOI, 2013.

SILVÁN OCHOA, P., «*Inversión, riesgo regulatorio y expropiación indirecta*» en «*Derecho de la empresa y de los mercados financieros (Ramón y Cajal Abogados 30 años)*», Coord. por MATEU DE ROS, R. y ALCALA DÍAZ, M.A., Aranzadi, 2016.

SORIANO GARCÍA, J.E., «*Hacia la recuperación del principio de confianza legítima*», *Lupicinio Abogados Newsletter*, julio 2016. Disponible en: <https://www.lupicinio.com/hacia-la-recuperacion-del-principio-de-confianza-legitima/> [Última visita 31/7/22].

STRUCKMANN, K., FORWOOD, G. y KADRI, A., «*Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence?*», *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 2 (2016), págs. 258-269.

TARDÍO PATO, J.A., «*La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*», *Revista CEF Legal*, (203), diciembre 2017, págs. 123 a 166.

TIETJE, C., y WACKERNAGEL, C., «*Outlawing Compliance? The enforcement of intra-UE investment awards and EU State Aid Law*», *Policy Papers on Transnational Economic Law*, Vol 41. (2014), págs. 1-9.

TORNOS MAS, J., «*El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario*», *Revista de Administración Pública*, (200), mayo - agosto 2016, págs. 193-211.

TRACOL, X., «*La valeur juridique des décisions des Chambres d'Appel des juridictions pénales internationales: la règle du précédent judiciaire ou principe stare decisis*», *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, (3), 2010, págs. 573 a 596.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «*La metodología de la ciencia del derecho y el método para la determinación del derecho según Antonio Hernández Gil*» en «*Homenaje a don Antonio Hernández Gil*», Coord. por MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

VERGÉS-JAIME, J., «*Las privatizaciones de empresas públicas en España*», Creative commons, 2013 (5ª edición).

VIÑUALES, J.E., «*Investor diligence in investment arbitration: sources and arguments*», *ICSID Review*, Vol. 32, N° 2 (2017), págs. 346-370.

YUSUF, G. y TAN, G., «*United Utilities (Tallinn) BV v. Estonia. ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?*», *ICSID Review*, Vol. 35, N° 1-2 (2020), págs. 183-196.

ZAPATERO GÓMEZ, V., «*El arte de legislar*», Aranzadi, 2009.

*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*



*El riesgo regulatorio. Límites y su distinta intensidad en los ámbitos interno, comunitario y del  
Derecho internacional transnacional*