

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA
DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y
EN DERECHO.

ARBITRAJE DE INVERSIONES EN ENERGÍAS RENOVABLES

Ángela Gil Arrondo López

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Jose Luis Iriarte Ángel

Pamplona / Iruñea

15 de enero de 2018

RESUMEN

España se enfrenta a más de 30 demandas arbitrales en virtud del Tratado Sobre la Carta de la Energía, con ocasión de las múltiples modificaciones introducidas, a partir del estallido de la crisis, en el marco regulatorio que ordena las actividades de los productores de electricidad mediante fuentes de energía renovables.

Este trabajo proporciona una visión general sobre el contexto que ha dado lugar a los citados arbitrajes y analiza los laudos arbitrales dictados hasta el momento al respecto para ver que razonamientos de los tribunales arbitrales son coincidentes, puesto que las decisiones de los mismo pueden suponer un precedente fáctico para el resto de causas pendientes.

La principal conclusión a la que se llega es que España ha podido vulnerar la obligación de trato justo y equitativo prevista en el citado Tratado a través del bloque de recortes de 2013, no obstante, para apreciar dicha vulneración habrá que estar a las circunstancias concretas del caso.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional, Protección de las inversiones extranjeras, energías renovables, Tratado sobre la Carta de la Energía, Laudos contra el Reino de España.

ABSTRACT

Spain faces more than 30 arbitration claims under the Energy Charter Treaty, due to the multiple modifications introduced, following the outbreak of the crisis, in the regulatory framework that regulates the activities of electricity producers using renewable energy sources.

This paper provides an overview of the context that has given rise to these arbitrations and analyses the arbitral awards rendered so far in this regard, to find the overlapping reasoning of the arbitration courts, since these decisions of the arbitral tribunals may represent a factual precedent for the rest of pending cases.

The main conclusion reached is that Spain might have breached the obligation of fair and equitable treatment provided for in the aforementioned treaty through the 2013 legislative reforms, although the existence of such violation will depend on specific circumstances of the case.

KEY WORDS

International arbitration, protection of foreign investment, renewable energies, Energy Charter Treaty, Arbitration awards against Spain.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA RELATIVA A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE FUENTES RENOVABLES.	10
1. Marco Constitucional del fomento de las energías renovables.....	10
2. Marco Europeo	12
3. Evolución de la normativa española	15
1.1. <i>Primeros pasos en materia de fomento de las energías renovables.....</i>	15
1.2. <i>La ambiciosa apuesta por las energías renovables</i>	17
1.3. <i>Declive del sistema de apoyo de las energías renovables establecido.....</i>	19
1.3.1. Primera etapa de recortes:	19
1.3.2. Segunda etapa de recortes:	24
III. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ENERGÍAS RENOVABLES: TCE.....	28
1. Antecedentes y contexto	28
2. Ámbito de aplicación del sistema de protección de las inversiones.....	29
3. Derechos y obligaciones de las partes	33
3.1. <i>Trato justo y equitativo</i>	33
3.2. <i>Expropiación directa/indirecta (art 13 TCE).....</i>	36
3.3. <i>Cláusula de la nación más favorecida (Art 10 TCE)</i>	37
3.4. <i>Cláusulas paraguas (art 10 ECT)</i>	39
4. Solución de controversias entre las partes contratantes	39
4.1. <i>Arbitraje como método de resolución de controversias.....</i>	40
IV. ANÁLISIS DE LOS LAUDOS DICTADOS CON MOTIVO DE LA REFORMA ENERGÉTICA DE ESPAÑA.	43
1. Charanne c. España.....	43
1.1. <i>Cuestiones procesales</i>	43
1.1.1. Falta sobrevenida de Objeto	44
1.1.2. Activación de la cláusula “ <i>Electa una vía</i> ”	44
1.1.3. Las partes demandantes no son “inversores extranjeros” del TCE.	45
1.1.4. Controversia intra-UE a la que sería aplicable el derecho de la UE.....	47
1.2. <i>Cuestiones de fondo</i>	50
1.2.1. Falta sobrevenida de objeto.....	51
1.2.2. Carencia de medios eficaces en el Ordenamiento nacional para el ejercicio de los derechos.....	51

1.2.3.	Vulneración del artículo 13 TCE.....	52
1.2.4.	Vulneración del artículo 10.1) TCE	53
1.3.	<i>Decisión del tribunal arbitral</i>	56
2.	<i>Isolux Infrastructure Netherlands c. España</i>	56
2.1.	<i>Cuestiones procesales</i>	57
2.1.1.	Controversia intra-UE a la que sería aplicable el derecho de la UE.....	57
2.1.2.	Las partes demandantes no son “inversores extranjeros” del TCE.	58
2.1.3.	<i>Isolux</i> no ha realizado una “inversión” del TCE.	59
2.1.4.	Existencia de abuso en el proceso	60
2.1.5.	Denegación de beneficios en virtud del art 17. 1) TCE.....	61
2.1.6.	Falta de jurisdicción “ <i>ratione materiae</i> ” del tribunal para conocer de una vulneración del art 10 mediante la creación del IVPEE y su excepción en relación al art. 13 TCE.....	62
2.2.	<i>Cuestiones de fondo</i>	64
2.2.1.	No admisibilidad de la demanda en base al artículo 17 TCE.....	64
2.2.2.	Vulneración del artículo 10 TCE.....	64
2.2.3.	Vulneración del artículo 13 TCE.....	68
2.3.	<i>Decisión del tribunal arbitral</i>	68
3.	<i>Eiser Infrastructure c. España</i>	69
3.1.	<i>Cuestiones procesales</i>	69
3.1.1.	Excepción <i>ad-intra</i> UE.....	69
3.1.2.	Falta de jurisdicción “ <i>ratione materiae</i> ” al no haber realizado los demandantes una “inversión” amparada por el TCE.	71
3.1.3.	Los accionistas minoritarios carecen de legitimación procesal para reclamar daños y perjuicios.	72
3.1.4.	Falta de jurisdicción “ <i>ratione materiae</i> ” del tribunal para conocer de una vulneración del art. 10 mediante la creación del IVPEE y su excepción en relación al art. 13 TCE.....	73
3.1.5.	Incumplimiento del periodo de espera “ <i>Cooling off period</i> ”.	75
3.2.	<i>Cuestiones de Fondo</i>	77
3.2.1.	Vulneración del artículo 10 TCE.....	78
3.3.	<i>Decisión del tribunal arbitral</i>	83
V.	RECURSOS, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES	83
1.	Recursos	84
2.	Reconocimiento y ejecución	86
VI.	CONCLUSIÓN	88

VII. BIBLIOGRAFÍA.....	95
VIII. LAUDOS ARBITRALES Y JURISPRUDENCIA.....	98
IX. LEGISLACIÓN.....	99

ABREVIATURAS

Art./Arts. Artículo/s.

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

Convenio de Viena o CVDT: Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.

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

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

CCE: Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

EM: Estados Miembros de la UE.

E-FER: Energía procedente de fuentes de energía renovables.

FER: Fuentes de energía renovable.

FIT: Tarifas reguladas llamadas “*Feed-in Tariff*”.

IIN o Isolux: *Isolux Infrastructure Netherlands B.V.*

IPC: Índice nacional de Precios al Consumo.

IPVEE: impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica introducido por la Ley 15/2012.

Laudo Charanne. *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L c. Reino de España*, caso CCE, núm. arb 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016.

Laudo Eiser. *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg s.à r.l c. Reino de España*, Caso CIADI núm. ARB/13/36, Laudo de 4 de mayo de 2017.

Laudo Isolux. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*. Arbitraje CCE V2013/153, Laudo de 6 de julio de 2016.

LSE 1997: la Ley 54/1997 del 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

LSE 2013: Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Núm/Núms. número/s

ORIE: Organización Regional de Integración Económica.

Pág./págs. página/páginas.

PFER: Plan de Fomento de las Energías Renovables.

PREFO: Registro de Pre-asignación de la Retribución, introducido por el RD 1578/2008 y efectivamente creado por el Real Decreto Ley 6/2009.

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

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

TBI: Tratado Bilateral de Inversión

TCE: Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJE: Trato Justo y Equitativo.

UE: Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

España se enfrenta a numerosos pleitos ante la Jurisdicción nacional y a más de 30 demandas arbitrales de inversiones con ocasión de las múltiples modificaciones introducidas, a partir del estallido de la crisis, en el marco regulatorio que ordena la actividad de los productores de electricidad mediante fuentes de energía renovables (en adelante “FER”). Sector en el que, en un primer momento se establecieron fuertes incentivos a las inversiones en energía fotovoltaica y termosolar principalmente.

La jurisprudencia española, se ha pronunciado en múltiples ocasiones¹ a favor de la legalidad de los sucesivos recortes aplicados al sistema de incentivos en el citado marco regulatorio, defendiendo que las mencionadas medidas no vulneran ni el derecho estatal ni las obligaciones contraídas por nuestro país en virtud de compromisos internacionales.

Ante esta situación, los inversores extranjeros con intereses económicos en este sector han recurrido a la vía del arbitraje internacional de inversiones contra el Estado español, invocando el Tratado sobre la Carta de la Energía, convirtiéndose España en el país del mundo más demandado ante tribunales arbitrales internacionales en virtud de este Tratado por parte de inversores extranjeros².

El objetivo de este estudio es proporcionar una visión general sobre el contexto que ha dado lugar a los citados arbitrajes y analizar los laudos arbitrales dictados hasta el momento sobre la política energética llevada a cabo por España. Y todo ello para poder conocer las líneas argumentales de una y otra parte y, aunque las decisiones de los tribunales arbitrales no sirvan de precedente jurídico para los arbitrajes pendientes y futuros sobre esta cuestión³, ver qué razonamientos de los tribunales arbitrales son

¹ Entre otras STC 31/2010 de 28 de junio, STS 2250/2012 de 12 de abril de 2012, STC 270/2015, de 17 de diciembre, STS 1463/2016, de 20 de junio, STS 1259/2016 de 1 junio, STS 2044/2017 de 20 diciembre, STS 1720/2017 de 13 noviembre.

² 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.” *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.55, 2016, pág.17. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696915>.

³ IRURETAGOIENA AGUIRREZABALAGA, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los “recortes” en el ámbito de las energías Renovables, *Diario la Ley*, núm.9013, 2017, pág.8. Recuperado de <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000249476/20170621/A-proposito-del-primer-laudo-condenatorio-para-Espana-en-el-marco-de-las-disputa>.

coincidentes en los tres laudos, dado que sí que podrían suponer un precedente fáctico para el resto de causas pendientes, que son cerca de 30 y por un importe muy elevado.

Se comenzará por la una revisión de la legislación europea y española que en su momento dieron lugar al régimen de incentivos a las energías renovables. Posteriormente se analizará la evolución de esta política, la cual sufrió recortes primero y acabó siendo suprimida en 2013.

En segundo lugar, se verá el Tratado sobre la Carta de la Energía⁴ (en adelante “TCE”), instrumento multilateral de protección de inversiones que ha permitido a los inversores extranjeros iniciar procedimientos arbitrales en los cuales se valora la legitimidad y legalidad de dichas medidas regulatorias a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en este Tratado.

El análisis de este instrumento multilateral de protección de inversiones en energía se centrará principalmente en las obligaciones que impone a las partes contratantes y en los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado, siendo el arbitraje el foco de atención del estudio.

A continuación, se expondrán los tres diferentes laudos que se han dictado hasta el momento en los procedimientos arbitrales de inversiones incoados contra España por la política energética llevada a cabo: *Charanne*⁵, *Isolux*⁶ y *Eiser*⁷. En cada uno de estos laudos se distinguirán, por un lado, las cuestiones procesales y, por otro, las cuestiones de fondo.

Como veremos, frente a lo sucedido en los dos primeros casos que se analizarán, *Charanne* e *Isolux*, el tercer laudo relativo al caso *Eiser*, ha fallado por primera vez contra España, condenando al Gobierno al pago de una indemnización de 128 millones de euros. En los próximos meses se dictarán una treintena de laudos sobre la misma problemática.

⁴ BOE, núm 117, de 17/05/1995.

⁵ *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L c. Reino de España*, caso CCE, n.º ARB/062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016. En <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

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

⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg s.à r.l c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/13/36, Laudo de 4 de mayo de 2017. Recuperado de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf.

Por último, se analizarán brevemente las vías de recursos posibles que tiene nuestro país frente a los laudos condenatorios y el régimen de reconocimiento y ejecución de los mismos.

II. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA RELATIVA A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE FUENTES RENOVABLES.

Con carácter previo al asunto que abordamos, es preciso contextualizar al análisis del Arbitraje de Inversiones en Energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica.

La necesidad de fomentar las fuentes de energía renovable a nivel mundial no apareció hasta después de la segunda crisis del petróleo de 1979.

A partir de ese año, tanto a nivel europeo como a nivel estatal van surgiendo medidas de apoyo a la inversión en este tipo de fuentes energéticas alternativas, entre las cuales se encuentra la energía fotovoltaica objeto de análisis en este trabajo.

Se debe de tener en cuenta que España no entró en las Comunidades Europeas — hoy Unión Europea— hasta el año 1986, por lo que hasta ese año la evolución normativa en materia de FER era independiente de las Directrices seguidas a nivel europeo. De hecho, la primera normativa española en la que se reconoce la necesidad del apoyo a este tipo de energías limpias es del año 1980.

1. Marco Constitucional del fomento de las energías renovables

He considerado conveniente abordar en este apartado el marco Constitucional del fomento de las energías renovables para poder entender la posición procesal de demandado que ocupa el Reino de España en el arbitraje internacional objeto de análisis de este trabajo.

Por razones cronológicas, nuestra Constitución de 1978 no hace ninguna referencia específica a las energías renovables en su reparto de competencias entre el Estado y la CCAA⁸. Sin embargo, sí que recoge la distribución de competencias en materia energética

⁸ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del Derecho de la Unión Europea y de la crisis económica”, en el vol. col. *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red* (dir. González Ríos, I.), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 111.

en general⁹, dentro de la cual se encontraría la materia específica de energías renovables dejando en manos del Estado tanto las “bases del régimen energético general” como la “autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.”

Además, tal y como recalca Galán Vioque “no hay que perder de vista la competencia genérica que tiene el Estado en materia de política económica en general que le corresponde al Estado ex artículo 149.1.13^a de la Constitución y que está íntimamente ligada al funcionamiento del sector eléctrico¹⁰.”

Por otro lado, tal y como sostiene Galán Vioque citando a Aragón Reyes¹¹, dado que el derecho a un medio ambiente adecuado ha sido reconocido como un derecho constitucional en el artículo 45, tanto la existencia de un régimen de fomento de las energías renovables en España como la competencia del Estado al respecto —por ostentar competencia sobre la legislación básica en materia de medioambiente— quedaría cubierta constitucionalmente.

Esta idea fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010¹², de 28 de junio, que resolvió a favor del Reino de España un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 en el que se atribuía a esa CCAA la competencia en el fomento y gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética.

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de fomento y gestión de energías renovables fue expresamente abordada en la Ley del Sector eléctrico de 1997¹³ (en adelante “LSE 1997”), y queda establecida actualmente en la Ley del Sector eléctrico de 2013¹⁴ (en adelante “LSE 2013”). De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la misma, el papel de la Administración General del Estado consiste, principalmente, en (1) establecer la regulación básica de las actividades productoras de energía procedente de fuentes de energía renovable (en adelante “E-FER”); (2) **establecer el régimen retributivo y fijar la retribución de aquellas actividades que tengan una retribución**

⁹ Art. 149. 1 cláusula 22^a. En el BOE, núm.311, de 29/12/1978

¹⁰ GALÁN VIOQUE, R. “El nuevo modelo español de..., pág. 111.

¹¹ *Idem* pág. 111.

¹² En el BOE, núm.172, de 16/07/2010.

¹³ Art 3 y 4 de la Ley 54/1997 del 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En el BOE, núm.285, de 28/11/1997.

¹⁴ Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En el BOE, núm.310, de 27/12/2011.

regulada; (3) garantizar el acceso de las E-FER a las redes eléctricas de transporte; (4) autorizar aquellas instalaciones eléctricas que puedan tener una incidencia superior a la de una CCAA; (5) la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, establecidos ambos tanto en la Directiva 2001/77/CE¹⁵ como en la Directiva vigente 2009/28/CE¹⁶; y (6) **determinar las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.**

Por ello, fue la Administración General del Estado la que estableció en un primer momento el régimen especial para el fomento de las energías renovables, modificando posteriormente a la baja el régimen establecido hasta llegar a su supresión y creando una situación de desconcierto y de presunto perjuicio entre los inversores que finalmente ha llevado a la interposición de demandas contra la actuación del Gobierno tanto ante los tribunales españoles como ante tribunales arbitrales.

2. Marco Europeo

Así mismo, la actuación del Reino de España en materia de fomento de las E-FER ha venido condicionada por las disposiciones de la Unión Europea, que en el artículo 194.1.c. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁷ señala que *“en el marco del funcionamiento y establecimiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente”* tiene entre sus objetivos el de *“fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.”*

La especial atención por las FER en el ámbito comunitario se puede ver reflejada de manera más explícita en la Recomendación del Consejo de 16 de septiembre de 1988, 88/349/CEE, sobre el desarrollo de la explotación de las energías renovables en la Comunidad¹⁸, que llevó a la Comisión a elaborar instrumentos orientados al fomento de las energías renovables en los que se establecían unos objetivos indicativos y se formulaban una estrategia y un plan de acción para cumplirlos, entre los cuales se

¹⁵ En el DOCE núm.83, de 27/10/2001.

¹⁶ En el DOUE, núm.211, de 14/08/2009.

¹⁷ En Aranzadi Digital: RCL 2009\2300.

¹⁸ En <http://data.europa.eu/eli/reco/1988/611/oj>.

encuentran el Libro Verde¹⁹ de 1996 y el Libro Blanco²⁰ de 1997, proceso que culminó con normativa europea al respecto, la Directiva 2001/77/CE.

La primera norma comunitaria sobre el fomento de las energías renovables fue la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

La UE, en el considerando (3) de la Directiva 2001/77/CE, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, entendió que era necesario regular el fomento de este tipo de energías “limpias” por ser “*parte importante del conjunto de medidas necesarias para cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y de cualquier política concebida para cumplir nuevos compromisos.*”

La citada Directiva estableció unos objetivos indicativos, no vinculantes, respecto de la cuota de participación de las fuentes de energía renovables en el consumo bruto de electricidad para el año 2010²¹, que previamente el libro Blanco había situado en el 12 % con carácter global para toda la UE. Así mismo, la Directiva contemplaba la necesidad de que existiesen procedimientos administrativos simples, ágiles y coordinados entre las distintas Administraciones competentes para la autorización de estas instalaciones²², y que se garantizase el acceso de la electricidad producida a partir de estas fuentes a las redes eléctricas, de distribución y transporte²³, ambos aspectos importantes para la implantación de instalación de producción de E-FER.

En la actualidad, el marco jurídico de la UE de apoyo a las energías renovables se encuentra en la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, del Parlamento y del Consejo europeos relativa al fomento de uso de energía procedente de las FER. Esta Disposición, que derogó la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, a diferencia de la misma, establece el objetivo obligatorio de alcanzar una cuota del 20 % de energía procedente de fuentes renovables en el consumo total de energía de la UE en 2020, a la vez que marca

¹⁹ COM (96) 576, *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables - Libro Verde para una estrategia comunitaria*. En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51996IR0438>.

²⁰ COM (97) 599, *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios*. http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_es.pdf

²¹ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de... pág. 100.

²² Art 6 de la Directiva 2001/77/CE.

²³ Art. 6 de la Directiva 2001/77/CE.

objetivos concretos vinculantes para cada país, que en caso de España coincide con la cuota mínima del 20%²⁴.

Además de establecer objetivos concretos para los países miembros (en adelante “EM”), la normativa incide en que los países de la Unión deben asegurar el acceso a las redes de distribución y transporte por parte de los productores de E-FER, en concreto ordenando a los gestores de sus redes de transporte y distribución que respeten el acceso prioritario o garantizado a las mismas de este tipo de instalaciones generadores de electricidad procedente de FER²⁵.

Para asegurar el cumplimiento de las cuotas previstas en la Directiva, se obliga a los Estados Miembros (en adelante “EM”) a aprobar un Plan de acción nacional en materia de energías renovables, que será remitido al Parlamento Europeo y evaluado por la Comisión Europea, la cual a su vez es la encargada de velar por su cumplimiento. Por tanto, tal y como sostiene Mora Ruiz citado por Galán Vioque, la Directiva ha atribuido a las instituciones comunitarias un ámbito de control en relación con las actuaciones de los EM en materia de energías renovables²⁶.

Bien es cierto que, a pesar de establecer la UE una serie de objetivos obligatorios y obligaciones, este organismo no puede incidir en el derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético²⁷. Por tanto, los EM pueden elegir el sistema de apoyo que crean conveniente.

Los sistemas de apoyo a las E-FER vienen definidos como *“cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a estos, (1) las ayudas a la inversión (2) las*

²⁴ Art. 78.1 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En el BOE, núm.55, de 5/03/2011.

²⁵ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 104.

²⁶ MORA RUIZ, M. (2014), “La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2014, pág. 6. Recuperado de http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2014/02/2014_02_17_Manuela_Mora_Energias-renovables.pdf.

²⁷ Art. 194.2 TFUE.

exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos (3) los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los "certificados verdes", y (4) los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas (Feed-In Tariff o FIT)''²⁸. Los gastos originados por este sistema corren a cargo del consumidor o del presupuesto público.

Por último, es interesante destacar que la Directiva actualmente en vigor fue aprobada en plena crisis económica y financiera mundial, por lo que, tal y como señala Pérez-Bustamante, se trató de una clara apuesta por el fomento de las energías renovables, que requieren una fuerte inversión extranjera, como uno de los pilares de recuperación económica²⁹.

3. Evolución de la normativa española

En este apartado se va a llevar a cabo un recorrido de la evolución que ha tenido en nuestro país el apoyo a las energías renovables, incluyendo las medidas de recorte que han dado lugar a multitud de causas pendientes tanto ante los tribunales nacionales como ante árbitros internacionales. Nuestro País, como se verá a continuación, desde muy pronto ha optado por un sistema de fomento de la FER basado en primas en las tarifas (*Feed-In*) (en adelante "FIT") que fue financiada en un primer momento en exclusiva con cargo al propio sistema (peajes de acceso pagados por consumidores y productores) y, posteriormente, a partir del 2012, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado³⁰.

1.1. Primeros pasos en materia de fomento de las energías renovables

La primera Ley Estatal sobre el fomento de las FER es la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de Conservación de la energía³¹ que, aunque no contemplaba la consecución de fines ambientales, establecía ciertos derechos a los autogeneradores de electricidad y a los titulares de concesiones hidroeléctricas, consistentes principalmente en la

²⁸ Art. 2 de la Directiva 2009/28/CE.

²⁹ PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, D. *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 107 "el marco de la crisis económica global, la Comisión estimó que el desarrollo de recursos energéticos renovables es un factor fundamental en la lucha contra el cambio climático, parte de la solución en las mejoras de la seguridad y fiabilidad del abastecimiento energético y además una valiosa contribución al crecimiento y al empleo".

³⁰ MENDOZA LOSANA, A, *Financiación pública del sistema eléctrico: aprobado un crédito extraordinario para contener el déficit de tarifa de 2013*, 2013 pág. 1, Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/financiacion-publica-del-sistema-electrico-aprobado-un-credito-extraordinario-para-contener-el-deficit-de-tarifa-de-2013.pdf>

³¹ En el BOE, núm.23, de 27/01/1981.

posibilidad de vender sus excedentes a un precio reglamentariamente establecido — siempre que se cumpliesen ciertas condiciones— a los suministradores de electricidad.

La citada Ley fue objeto de un intenso desarrollo, que finalmente se unificó con el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables³², cuando ya España pertenecía a la Unión Europea. Este reglamento fue el que acuñó la expresión "régimen especial de producción eléctrica" y el que creó el Registro administrativo de instalaciones de producción en Régimen Especial (en adelante "RAIPRE").

Tres años más tarde, España aprobó la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (Ley 54/1997, de 27 de noviembre) que, aparte de liberalizar el Sector de la Energía, ordenaba al Gobierno la aprobación de un Plan de Fomento de las Energías Renovables (en adelante "PFER"), aprobado a finales del año 1999, con el objetivo de cumplir con el objetivo comunitario indicativo para 2010 de cubrir el 12% de la demanda energética con electricidad procedente de FER establecido en el Libro Blanco (1997).

La LSE reconocía una serie de derechos garantizado a los productores de energía eléctrica acogidos al régimen especial en su artículo 30. De acuerdo con el mismo, los productores tenían el derecho de *"Incorporar su energía excedentaria al sistema, percibiendo la retribución que se determine conforme a lo dispuesto en la presente Ley."*

También tenían derecho a la percepción de una prima en los términos que se establecieran reglamentariamente, tomando en consideración para la determinación de las primas *"el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a 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"*³³.

Esta Ley fue desarrollada inicialmente por el Real Decreto 2818/1988 de 23 de diciembre de 1998³⁴. Cabe destacar la inseguridad jurídica que generaba esta normativa de desarrollo a los inversores en energías renovables, ya que en su artículo 32 establecía que cada cuatro años se podrían revisar las primas *"atendiendo a la evolución del precio*

³² En el BOE, núm.313, de 31/12/1994.

³³ Art 30.4 LSE 1997

³⁴ En el BOE núm.312, de 30/12/1998.

*de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema*³⁵.”

Posteriormente, por medio del Real Decreto Ley 6/2000 y del Real Decreto 84/2002, varios preceptos, tanto de la LSC de 1997 como del RD de desarrollo de 1998, fueron modificados con el objetivo de obligar a ciertas instalaciones en régimen especial a vender la electricidad producida en el mercado.

Esta opción de vender electricidad procedente de FER en el mercado se consolidó en el Real Decreto 436/2004 del 12 de marzo de 2004³⁶, que estableció un régimen de retribución que ofrecía dos opciones a dichos productores.

La primera opción era la venta en el mercado de la producción procedente de estas fuentes de energía recibiendo, además del precio de mercado, unos incentivos, o una prima para determinadas tecnologías como en el caso de la energía fotovoltaica³⁷.

La segunda opción era la venta a los distribuidores a cambio de una tarifa regulada o FIT que garantizaba a los productores de E-FER un precio específico por un periodo de varios años³⁸.

En ambos casos se garantizaba una retribución razonable para las inversiones, aunque dada la cuantía de las primas la participación en el mercado era la opción más beneficiosa económicamente³⁹. Así mismo, este Real Decreto corregía, a través de su artículo 40.3, la inestabilidad jurídica que provocaba el RD de 1998, al establecer que cualquier revisión que se realizara de las tarifas, primas, incentivos y complementos establecidos de acuerdo con el grado de cumplimiento del PFER no sería aplicable a las instalaciones que ya estuviesen en funcionamiento en la fecha de entrada en vigor de la revisión⁴⁰.

1.2. La ambiciosa apuesta por las energías renovables

En 2005, para cumplir con el objetivo comunitario fijado para el año 2010, del cual España estaba lejos todavía, se aprobó el segundo PFER para el periodo comprendido

³⁵ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 118.

³⁶ Art. 24 RD 661/2007. En En el BOE, núm. 75, de 27/03/2004.

³⁷ Art. 27 RD 661/2007.

³⁸ Art. 25 RD 661/2007.

³⁹ GALÁN VIOQUE, R. “El nuevo modelo español de...”, pág. 120.

⁴⁰ *Idem*, pág. 119.

entre los años 2005-2010, mediante el Real Decreto 661/2007 del 25 de mayo de 2007⁴¹ (en adelante “RD 661/2007 o RD 2007”), que sustituyó al RD 436/2004.

El RD 661/2007 mantuvo principalmente el sistema precedente, aunque destacaba por su generosidad para con los productores de E-FER al incrementar las primas establecidas, sobre todo en el ámbito Solar y fotovoltaico, lo cual lo hacían muy atractivo para los inversores.

Asimismo, introdujo una serie de límites máximos y mínimos para las primas y estableció, en su artículo 44, un sistema de actualización de primas que tomaba como referencia el incremento de Índice nacional de Precios al Consumo (en adelante “IPC”). Instauró igualmente un sistema de garantía de potencia para las instalaciones acogidas a este régimen, que consistía en limitar el acceso —y por tanto el régimen retributivo establecido por el mismo— cuando alguna de las tecnologías alcanzase en el 85% del objetivo de potencia que tuviera asignado⁴². Esta garantía llevó posteriormente a una gran afluencia de solicitudes de acceso al régimen cuando se alcanzó ese porcentaje en materia de energía solar fotovoltaica⁴³.

Al igual que el Real Decreto de 2004 (art. 40.3, cf. supra), este Real Decreto establecía en su artículo 44.1 la no aplicabilidad de las revisiones posteriores a las instalaciones que estuviesen ya en funcionamiento en el momento de la entrada en vigor de la revisión, ampliando esta garantía a las instalaciones que, a pesar de no estar en funcionamiento, tuviesen otorgada el acta de puesta en funcionamiento antes de una fecha determinada, que incluso era posterior a la fecha de revisión.

Como resultado de estas políticas, España se convirtió en uno de los mayores mercados de inversión en "energía verde", con un valor estimado de 13.000 millones en activos energéticos renovables⁴⁴.

⁴¹ En el BOE, núm. 26, de 26/05/2007.

⁴² Art. 22 RD 661/2007.

⁴³ GALÁN VIOQUE, R. “El nuevo modelo español de...”, pág. 121.

⁴⁴ ALI, A.H, “In the Eye of the Storm: Spain’s Nexus to Investment Disputes”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm.18, 2013, pág. 10.

1.3. Declive del sistema de apoyo de las energías renovables establecido

Al poco tiempo de su aprobación, estalló la crisis financiera, que condujo al Estado, especialmente preocupado por el déficit tarifario en la factura de la luz⁴⁵, a aprobar medidas que iban gradualmente reduciendo el régimen especial primado hasta llegar a su completa derogación en 2014⁴⁶.

Las modificaciones introducidas en el Régimen Especial vigente en 2007 pueden ser clasificadas en dos grandes bloques: un primero que podemos llamar “el paquete de medidas regulatorias del 2010” —básicamente los RD 1565/2010 y RDL 14/2010— que supone, a grandes rasgos, una reducción o recorte de los incentivos inicialmente diseñados; y otro, el “paquete de medidas regulatorias del 2013-2014” —especialmente el RDL 9/2103, RD 413/2014 y la Orden Ministerial IET/1045/2014—, que implica la eliminación completa de dichos incentivos⁴⁷.

1.3.1. Primera etapa de recortes:

Con motivo de la aplicación del mecanismo de garantía de potencia instalada previsto a las instalaciones de energía solar fotovoltaica, se restringió el acceso de las mismas al régimen especial previsto en el RD 2007, creándose un régimen retributivo para las instalaciones que se hubiesen quedado fuera, en el cual se pudo comenzar a notar este cambio de dirección en las políticas de las FER.

El Real Decreto 1578/2008 de 26 de septiembre de 2008⁴⁸, que recoge ese nuevo régimen, creó un registro de preasignación de retribución (en adelante “PREFO”) que serviría para conocer por anticipado la potencia solar fotovoltaica a instalar y condicionaba el acceso a una serie de requisitos más restrictivos que los exigidos a las Instalaciones acogidas régimen del RD 2007.

Así mismo, el nuevo régimen eliminaba la opción de pago de la prima si se optaba por vender la E-FER en el mercado, subsistiendo únicamente, por tanto, la retribución a través de una tarifa regulada. El importe de la citada tarifa, de acuerdo al artículo 11.5 del

⁴⁵ IRURETAGOIENA ARRIZABALAGA, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España...”, pag. 2.

⁴⁶ *Idem*, pág. 121.

⁴⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, Vol. 9, núm.2, págs. 666-676. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/3895/2451>

⁴⁸ En el BOE, núm. 234, de 27/09/2008.

RD 1578/2008, se hizo depender del momento de preinscripción en el PREFO y se limitó su cobro a un periodo de 25 años, el cual se estimaba que era la vida útil de las instalaciones.

Posteriormente, en 2009, el Real Decreto Ley 6/2009 de 30 de abril de 2009⁴⁹ haría extensivo al resto de instalaciones de producción de E-FER el PREFO con el objetivo de ganar control por parte del Estado del Régimen Especial.

En 2010, se introducen una serie de modificaciones de gran trascendencia en el sistema de retribución instaurado en el RD 661/2007 a través 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 especial⁵⁰.

De entre las modificaciones llevadas a cabo, que iban a afectar a las instalaciones fotovoltaicas que estaban ya en funcionamiento y acogidas al régimen especial del 2007, cabe destacar la que suprimía la percepción de la tarifa regulada a partir del vigésimo sexto año⁵¹.

La limitación del periodo de percepción de la tarifa generó numerosos recursos ante el Tribunal Supremo, interpuestos por los productores fotovoltaicos al entender los mismos que el RD 1565/2010 tenía carácter retroactivo y contravenía los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

El TS se pronunció por primera vez en la sentencia de 12 de abril de 2012⁵², desestimando la demanda al entender que los cambios en las circunstancias económicas justificaban el ajuste de la rentabilidad de las inversiones, que seguía siendo razonable, y que la obligación de asegurar una rentabilidad razonable no implicaba la pervivencia del sistema de FIT durante toda la vida de la instalación, ya que ésta podría haber sido amortizada antes del fin de su periodo de operatividad.

Al RD 1565/2010 le siguió el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica⁵³, cuyas

⁴⁹ En el BOE, núm. 111, de 7/05/2009.

⁵⁰ En el BOE, núm. 283, de 23/11/2010.

⁵¹ Art .1 RD 1565/2010, que modifica el artículo 36 del RD 661/2007.

⁵² STS 2250/2012 de 12 de abril de 2012. En Cendoj: 28079130032012100171. F.D. cuarto y séptimo.

⁵³ En el BOE, núm. 298, de 8/12/2010.

disposiciones serían aplicables a las futuras instalaciones salvo en el caso de las de tecnología eólica, aplicable también a las ya existentes⁵⁴.

A través de este Decreto se introducen una serie de limitaciones a las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima, obligando a las instalaciones a vender durante los 12 primeros meses posteriores a la fecha de acta de puesta en servicio definitiva su energía neta con tarifa regulada y acometiendo una revisión de las primas que aplicar a las futuras instalaciones.

Ese mismo mes se aprueba el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico⁵⁵, que sí sería aplicable a las instalaciones en régimen especial ya en funcionamiento.

En su Disposición Adicional Primera sobre “*Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas*”, este RDL establece una limitación a las horas anuales de funcionamiento de la Instalaciones con derecho a prima, haciéndola depender de la zona solar climática en la que se encontrara la instalación. Es decir, si la producción de las instalaciones fotovoltaicas acogidas al régimen especial primado superaba los techos máximos, la producción restante la tendrían que vender a precio de mercado.

Para intentar mitigar los efectos del recorte llevado a cabo, se estableció un régimen transitorio para las instalaciones sujetas al RD 661/2007, a las que no les serían de aplicación los límites previsto en la Disposición Adicional Primera hasta el 31 de diciembre de 2013⁵⁶. Por otro lado, la Disposición Final Primera modificó de nuevo el artículo 36 del RD 661/2007, ampliando el periodo de retribución de las instalaciones fotovoltaicas restringido por el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, al elevarlo de 25 años

⁵⁴ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 121.

⁵⁵ En el BOE, núm. 312, de 24/12/2010.

⁵⁶ Disposición Transitoria Segunda del RDL 14/2010, de 23 de diciembre, en relación con el apartado 3 de la Disposición Adicional Primera: “*Asimismo aplicará la limitación que se establece en la disposición transitoria segunda a las liquidaciones que se refieran a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica acogidas al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.*”

a 28 años⁵⁷. Con la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía sostenible, se volvió a modificar el artículo mencionado, pasando a ser el periodo de retribución de 30 años⁵⁸.

Por otro lado, el Real Decreto Ley 14/2010 también establecía un peaje —para ser satisfecho por todos los productores de energía eléctrica, incluidos los del régimen especial— por el uso de las redes y transporte y distribución, con el objetivo de intentar contener el déficit tarifario del sistema⁵⁹. En particular, la Disposición transitoria primera fijó la cuantía del peaje de acceso a las redes de transporte, de manera transitoria en 0,5 EUR/ MWh, aplicable a partir del 1 de enero del 2011 en tanto no se desarrollarán reglamentariamente los peajes que debían satisfacerse.

A principios del 2011, con el objetivo de alcanzar los objetivos comunitarios establecidos en la Directiva 2009/28/CE ya comentada, el Gobierno aprobó el tercer Plan de Fomento de las Energías Renovables (PFER) 2011-2020.

Con el fin de evitar la incorporación de nuevos costes al sistema eléctrico, se aprobó el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero⁶⁰, que por un lado supuso la supresión de los incentivos económicos, es decir del régimen primado, para nuevas instalaciones de producción de E-FER, y por otro la suspensión del procedimiento de preasignación de retribución para las instalaciones que estuvieran ya inscritas en el PREFO⁶¹.

En la exposición de motivos del RDL 1/2012 el Gobierno ya anunciaba que *“Resulta necesario diseñar un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías que tenga en cuenta el nuevo escenario económico, promoviendo la asignación eficiente de los recursos a través de mecanismos de mercado. De este modo, se trata de articular a futuro un sistema que favorezca la competitividad del mercado a través de mecanismos similares a los utilizados en otros países de la Unión Europea y que garanticen la viabilidad futura del Sistema.”*

⁵⁷ Disposición final primera del RDL 14/2010, de 23 de diciembre: “Se modifica la tabla 3 del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, sustituyendo, para las instalaciones de tipo b.1.1, las referencias en el plazo a los primeros 25 años por los primeros 28 años.”

⁵⁸ Modificación del Artículo 36 RD 661/2007 por disp. final 44.2 de Ley 2/2011, de 4 de marzo.

⁵⁹ Artículo 1 del RDL 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se modifica el artículo 17 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico: “Los peajes que deberán satisfacer los productores tanto de régimen ordinario como del régimen especial se regularán reglamentariamente, teniendo en cuenta la energía vertida a las redes.”

⁶⁰ Artículo 1 del RDL 1/2012, de 27 de enero, en el BOE, núm. 24, de 28/01/2012.

⁶¹ Preámbulo de la LSE 2013.

A esta medida le siguieron otras como la creación de un impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (en adelante “IVPEE”), de carácter directo, de naturaleza real y con un ámbito de aplicación territorial estatal (sin perjuicio de los regímenes tributarios del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, respecto de los cuales el IVPEE es un tributo concertado⁶²) sobre el valor de la producción de energía eléctrica, introducido por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre⁶³. Este impuesto supuso un coste sobrevenido para las instalaciones y perjudicaba especialmente a las productoras de E-FER, dado que el tipo impositivo se aplicaba sobre todos los ingresos de los productores, incluidos los correspondientes al pago de las primas derivadas de las FIT, cuya cuantía era elevada⁶⁴.

Con respecto a este impuesto, el Tribunal Supremo ha planteado varias cuestiones de Inconstitucionalidad ante el TC por entenderse que puede suponer, entre otras infracciones, una infracción del principio de igualdad, ya que no permite a los productores de E-FER, al percibir una tarifa regulada, repercutir el coste del mismo por medio de un incremento del precio⁶⁵.

El Tribunal Constitucional ha inadmitido las causas al considerar que antes se debía discernir la adecuación de la Ley 15/2012 con el derecho comunitario⁶⁶. A la vista de los acontecimientos, el Tribunal Supremo ha decidido plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que valore la legalidad de los impuestos creados en la reforma eléctrica orientados a acabar con el déficit de tarifa. Concretamente, el TJUE tendrá que pronunciarse sobre el impuesto del 7% a la generación⁶⁷.

Por otra parte, la Ley 15/2012 ya citada, en la Disposición Adicional Segunda y Disposición Final Primera, estableció que parte de la financiación del sistema primado iba a ir con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de modo que a partir de ese momento los costes del sistema eléctrico ya no serían sufragados en exclusiva con cargo

⁶² Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central Resolución de 20 julio 2017. En Aranzadi Digital JT 2017\909. Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶³ Ley 15/2012, de 27 de diciembre de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética. En el BOE, núm.312, de 28/12/2012.

⁶⁴ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 126.

⁶⁵ Autos de TS núm. 2554/2014, de 14 de junio de 2016 y núm.2955/2014 de 14 de junio de 2016, por los que se eleva una cuestión de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 15/2012.

⁶⁶ Autos TC 204/2016 y 205/2016.

⁶⁷ TS cuestión prejudicial mediante dos autos: de 27 de junio y de 10 de julio de 2017

al propio sistema (peajes de acceso pagados por consumidores y productores), sino también con los Presupuestos Generales del Estado⁶⁸.

1.3.2. Segunda etapa de recortes:

El Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero⁶⁹, volvió a introducir modificaciones sustanciales que afectarían a todas las instalaciones productoras de E-FER ya en funcionamiento y acogidas tanto al régimen especial establecido en el RD 661/2007 como al recogido en el RD 1578/2008.

En primer lugar, este RD modificó, a través de su artículo 1, el mecanismo de revisión de la tarifa regulada y de las primas, sustituyendo el índice de referencia utilizado para la actualización de las mismas —que hasta ese momento era el IPC— por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos.

En segundo lugar, eliminó para todas las instalaciones la opción establecida en el artículo 24 del RD 661/2007 de poder vender en el mercado la producción de E-FER con derecho a una prima complementaria al precio obtenido en el mercado, permaneciendo, por tanto, como única opción de retribución especial para los productores de E-FER, la tarifa regulada.

El siguiente gran cambio, y quizás el más relevante en el régimen especial, fue introducido por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio⁷⁰, que derogó el RD 661/1997, el cual constituía la columna vertebral del sistema de retribución anterior. El RDL 9/2013 estableció un nuevo sistema en el que la retribución pasaba de estar basada en la producción real a estar basada en la producción hipotética de una instalación tipo⁷¹.

⁶⁸ MENDOZA LOSANA, A. (2013), *Financiación pública del sistema eléctrico: aprobado un crédito extraordinario para contener el déficit de tarifa de 2013*, pag 1.

⁶⁹ En el BOE, núm. 29, de 2/02/2013.

⁷⁰ RDL 9/2012 (La Ley 11555/2013).

⁷¹ Art 1 y 2 del RDL 9/201, en el BOE, núm. 167, de 13/07/2013, por el que se modifica el art 30.4 LSE 1997, quedando redactada de la siguiente manera: *“Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica 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. Para el 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*

Por tanto, lo que hace este RDL es instaurar un régimen basado en nuevos parámetros de retribución radicalmente distintos a los anteriores. Asimismo, se elimina la retribución a través del sistema de tarifa regulada y se sustituye por una retribución de la electricidad vendida a precio de mercado, complementada por una retribución regulada específica de cobro no automático sino condicionado a una serie de criterios⁷².

El gran problema que planteaba este RDL era que este nuevo régimen de retribución, que sería de aplicación a partir de la entrada en vigor del mismo, es decir, con efectos a partir del 14 de julio de 2013, afectaba a todas las instalaciones productoras de E-FER en régimen especial.

Sin embargo, dado que el propio RDL se limitaba a establecer los nuevos parámetros de retribución, tal y como establecía en la Disposición transitoria tercera, hasta que no se aprobara la normativa de desarrollo se seguiría aplicando transitoriamente el régimen anterior, constituyendo los pagos de ese periodo transitorio, entre el 14 de julio de 2013 y la aprobación del nuevo régimen, pagos a cuenta que serían después ajustados conforme a la normativa de desarrollo⁷³.

Pero no llegó a aprobarse un Real Decreto de desarrollo del régimen económico, sino que lo que se hizo fue aprobar una nueva Ley del Sector Eléctrico, que sustituiría a la LSE de 1997.

Esta nueva Ley, actualmente vigente, que pivota sobre el principio de sostenibilidad económica y financiera como principio rector de las actuaciones de la Administración en materia energética, recoge las bases de este nuevo marco retributivo, de carácter excepcional para las nuevas instalaciones⁷⁴, fundamentalmente en el artículo 14, concretando igualmente los criterios y la forma de revisión de los parámetros retributivos para las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables.

El nuevo sistema de retribución de E-FER, tal y como establece el preámbulo I de la LSE 2013: *“Se basará en la necesaria participación en el mercado de estas instalaciones, complementado los ingresos de mercado con una retribución regulada*

la energía generada valorada al precio del mercado de producción; b) Los costes estándar de explotación; c) El valor estándar de la inversión inicial.”

⁷² Laudo *Isolux*, párrafo 132.

⁷³ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, págs. 126-127.

⁷⁴ Cuando éste sea necesario para poder atender a las posibles obligaciones de cumplimiento de objetivos energéticas que se impongan a nivel comunitario o de reducir el coste energético y la dependencia energética exterior (Art 13 LSE 2013 y Preámbulo I LSE 2013)

específica que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado. Esta retribución específica complementaria será suficiente para alcanzar el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que, a diferencia de las tecnologías convencionales, estas no puedan recuperar en el mercado y les permitirá obtener una rentabilidad adecuada con referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable⁷⁵.”

Para gestionar este nuevo régimen de carácter excepcional, la Ley crea un Registro de régimen retributivo específico en el que deberán estar necesariamente inscritas las instalaciones para que les sea aplicable el mismo, cuyo acceso se basa en un procedimiento de concurrencia competitiva, a diferencia del sistema de inscripción previa existente previsto en la LSE de 1997.

Al igual que en el RDL 9/2013, para el cálculo de la retribución específica parte de la consideración de una instalación tipo eficiente y bien gestionada, la cual se articula alrededor de tres variables: (1) Ingresos estándar por la venta de energía generada valorada a precio de mercado, (2) los costes estándar de operación, y (3) el valor estándar de la inversión que resulte en el procedimiento de concurrencia competitiva⁷⁶.

En lo que respecta a la revisión de la retribución específica⁷⁷, y con el objetivo de generar confianza en los inversores⁷⁸, se establecen periodos regulatorios para la aplicación de los parámetros de retribución del régimen económico específico de seis años de vigencia, que se dividen a su vez en dos semiperiodos regulatorios de tres años.

La Ley establece que, en dichas revisiones —que tendrán en cuenta la situación económica, la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para las instalaciones⁷⁹— se podrán alterar todos los parámetros, quedando a salvo los valores de la vida útil regulatoria y del estándar de la inversión inicial. Por tanto, una revisión podría alterar el parámetro sobre el que gira la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo⁸⁰.

⁷⁵ Preámbulo II. LSE 2013.

⁷⁶ Art 14.7 c) LSE 2013.

⁷⁷ Art 14.1 LSE 2013.

⁷⁸ GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 129.

⁷⁹ Art 14.1 LSE 2013.

⁸⁰ *Idem* GALÁN VIOQUE, R, pág. 129.

De acuerdo a la Disposición adicional Sexta, Las instalaciones acogidas al régimen especial anterior que estaban en funcionamiento en el momento de aprobación de la LSE tendrían que esperar al desarrollo que se hiciese de la Ley para conocer la incidencia del nuevo régimen en sus retribuciones, aplicándose transitoriamente el sistema de pagos a cuenta previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio comentado con anterioridad.

Ese desarrollo reglamentario del nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción de E-FER se hizo a través del Real Decreto 413/2014⁸¹ y de la Orden IET/1045/2014⁸², de 16 de junio, por medio de la cual se concreta la vida útil regulatoria y la cuantificación del valor inicial de la inversión.

El procedimiento que se establece en el nuevo marco regulatorio para calcular retribución específica de las antiguas instalaciones, tal y como apunta Alonso Mas⁸³, tiene en cuenta la retribución percibida bajo el régimen primado anterior y, si dicha retribución ya percibida es igual o superior a la que correspondería a la instalación a lo largo de su vida útil conforme a los nuevos parámetros, no le corresponderá percibir nada con arreglo al nuevo sistema, sin que tenga en ese caso que devolverse el exceso a fecha de 14 de julio de 2013 si la retribución ya percibida fuera superior a la que ahora correspondería.

Todos estos cambios normativos han generado en los productores que invirtieron en este tipo de instalaciones antes de las reformas un profundo descontento y malestar, al ver frustradas sus expectativas de inversión. Por ello han acudido a los mecanismos previstos en la ley para cuestionar la constitucionalidad de estas medidas, al considerarlas contrarias a la seguridad jurídica y, en caso de entenderse conformes a derecho, para solicitar alguna clase de indemnización por los perjuicios causados.

La restrictiva jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a las impugnaciones y reclamaciones de responsabilidad patrimonial a los poderes públicos⁸⁴ ha originado que los inversores extranjeros hayan acudido a las vías alternativas a los Tribunales de Justicia

⁸¹ En el BOE, núm.140, de 10/06/2014.

⁸² En el BOE, núm.150, de 20/06/2014.

⁸³ ALONSO MAS, M. J., “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de tratado carta de la energía: el caso *Eiser* contra España”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.69, 2017, pág. 4. Recuperado de http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2017/06/2017_06_12_Alonso-Mas_Regimen-apoyo-economico-energias-renovables.pdf

⁸⁴GALÁN VIOQUE, R., “El nuevo modelo español de...”, pág. 134.

Nacionales proporcionadas por el derecho internacional privado, en concreto, en materia de energía, al Tratado de la Carta de la Energía.

III. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ENERGÍAS RENOVABLES: TCE

1. Antecedentes y contexto

El TCE fue consecuencia de la Carta Europea de la Energía firmada en diciembre de 1991, que surgió de la iniciativa política emprendida en Europa a raíz de la desaparición del Bloque Soviético con el objetivo de intentar establecer unas bases para una relación energética segura y pacífica entre Occidente y Oriente. El documento inicial, que constituía una mera declaración de intenciones por parte de los Estados firmantes, se hizo vinculante con la aprobación del Tratado tres años más tarde, en diciembre de 1994⁸⁵.

Hoy en día este instrumento multilateral para la promoción y cooperación en el sector de la energía —con más de 50 partes contratantes entre las que se encuentra España y la propia Unión Europea—, establece un marco de cooperación internacional en el campo de la energía entre los Países de Europa y otros países industrializados mediante el establecimiento de salvaguardas jurídicas en campos como la inversión, el tránsito y el comercio.

Tal como se describe en la Guía del Secretariado de la Carta de la Energía: *“Constituye un hito en la cooperación energética internacional. Al crear un fundamento jurídico estable, integral y no discriminatorio para las relaciones energéticas transfronterizas, el TCE reduce los riesgos políticos asociados con las actividades económicas en economías en transición. Crea una alianza económica entre países con diferentes antecedentes culturales, económicos y jurídicos, pero todos unidos en su compromiso de lograr los siguientes objetivos comunes:*

- *Proporcionar mercados energéticos abiertos; y asegurar y diversificar el suministro de energía;*
- *Estimular la inversión y comercio transfronterizos en el sector energético;*

⁸⁵ BENITO, E., “Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 16, 2000, pág. 430. Recuperado de http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21359/1/ADI_XVI_2000_14.pdf

- *Asistir a los países en transición económica en el desarrollo de sus estrategias energéticas y de un marco institucional y jurídico apropiado para la energía, y en la mejora y modernización de sus industrias energética*⁸⁶.”

Gran parte de las disposiciones del Tratado se refieren a la protección de las inversiones realizadas por inversores nacionales de una parte contratante en el territorio de otra parte contratante, con respecto a las cuales pretende crear una atmósfera de relaciones seguras y estables entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión⁸⁷.

La estructura de este marco de protección es similar a la ofrecida en los tratados bilaterales de inversión (en adelante “TBIs”) en esta materia, pues por un lado establece un conjunto de derechos de los inversores —también denominados estándares de protección por aparecer prácticamente en todos los tratados bilaterales o multilaterales en materia de inversión⁸⁸— y, por otro, para hacer efectiva la citada protección sustantiva, incorpora unos apartados relativos al arreglo de controversias inversor-Estados, entre los cuales se establece el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos⁸⁹.

2. Ámbito de aplicación del sistema de protección de las inversiones.

Las previsiones del TCE que hacen referencia a la protección de las inversiones se aplican a toda inversión asociada con una “actividad económica en el sector de la energía” hecha por un “inversor extranjero.”

La protección, por tanto, exige diversidad entre la nacionalidad del inversor y el territorio donde se realiza la misma.

El artículo 1.7) del TCE define al “inversor extranjero” atendiendo a dos criterios diferentes, en función de si se trata de una persona física o jurídica. Con respecto a las personas físicas, el TCE establece el criterio de nacionalidad o residencia de una de las

⁸⁶ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty: A reader's guide*, EC Secretariat, Bruselas, 2002, pág. 9. Recuperado de <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

⁸⁷ DE LOS SANTOS, C., ARANA S., e IGLESIAS, J. “Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: La vía del inversor extranjero.” *Cuadernos de Energía*, núm.30, 2011pág. 6. http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca/Publicaciones_Enerclub/Cuadernos//Cuadernos_de_Energia_N_30;jsessionid=6F4087CEF01758DAD5D6C8F40046A682.

⁸⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables...”, pág.669.

⁸⁹ Partes III y V del TCE.

partes contratantes. Por lo que respecta a las personas jurídicas, el criterio escogido es meramente jurídico: la constitución con arreglo a la legislación en la Parte Contratante⁹⁰.

Este Tratado, a diferencia de otros, no contiene una cláusula de excepción que excluya la aplicación del criterio jurídico cuando la persona jurídica esté en realidad controlada por personas físicas nacionales o residentes del Estado Miembro al que se demanda.

Asimismo, tal y como sostiene De los Santos⁹¹, el hecho de que la inversión se realice en última instancia a través de una sociedad mercantil cuya nacionalidad sea la del estado receptor de la inversión no supone un obstáculo para que el inversor extranjero, accionista de tal entidad pueda ejercer los derechos que le confiere el TCE, tal y cómo se verá al analizar el concepto de inversión.

En este punto cabe destacar que el propio TCE explica en el apartado 1.7.g. qué se debe entender por “realizar una inversión”: *“Efectuar nuevas inversiones, adquirir, en todo o en parte, inversiones ya existentes, o bien dedicarse a distintos campos de inversión”*.

Por otro lado, el término inversión viene definido en el artículo 1.6. del TCE como *“cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:*

a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;

b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;

⁹⁰ Art 1.7. EL artículo 1.6. define el concepto de "inversor" como:

a) con respecto a una Parte Contratante,

i) la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de dicha Parte Contratante o resida permanentemente en ésta, con arreglo a la legislación nacional aplicable;

ii) la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante.

b) con respecto a un "tercer Estado", la persona física, empresa u otra organización que cumpla, mutatis mutandis, las condiciones especificadas en la letra a) para una Parte Contratante.

⁹¹ DE LOS SANTOS, C., ARANA S., e IGLESIAS, J., “Arbitraje internacional bajo el ...”, pág.7.

c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;

d) propiedad intelectual;

e) rendimientos;

f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía;

Los cambios en los modos de invertir los bienes no afectan a su carácter de inversión y la palabra "inversión" incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o bien se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado para la Parte Contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte Contratante en el área en la que se haga la inversión (que en adelante se denominará "fecha efectiva"), siempre que el Tratado sea aplicable únicamente a aquellos aspectos que afecten a dichas inversiones después de la fecha efectiva."

El Tratado ofrece, por tanto, una definición muy amplia del concepto de inversión, y protege tanto a las inversiones directas como a las indirectas. La amplitud de la definición de "inversor" se recalcó en el caso *Plama* en el que el Tribunal Arbitral estableció lo siguiente: "El artículo 1.6 constituye una lista amplia y no exhaustiva de diferentes tipos de activos que abarcan prácticamente cualquier derecho, propiedad o interés en el valor del dinero o el dinero... ⁹²".

Sin embargo, en el seno de los arbitrajes internacionales se ha planteado que este artículo no ofrece una definición de inversión autosuficiente. Al respecto nos encontramos con el razonamiento que da el tribunal arbitral en el Laudo que resuelve el caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*. El tribunal sostiene en este caso que la lista de activos enumerados en el artículo 1.6. del TCE enumera ejemplos de inversión, pero no define el concepto, ya que, de modo circular, se indica que una inversión es "**cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor**", definiendo el concepto de inversor en función de criterios de

⁹² *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, caso CIADI ním.ARB/03/24, laudo de 27 de agosto de 2008 [Traducción propia].

nacionalidad o residencia, por lo que se hace necesaria una definición adicional del concepto de inversión que objetive el concepto⁹³.

Recalca el tribunal que, en ese caso, se debe acudir a los preceptos de interpretación del Artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁴ (en adelante “Convención de Viena o CVDT”), que establece que “*Un tratado deberá interpretarse 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 objetivo y fin.*”

Por tanto, en caso de entenderse que la definición que ofrece el TCE no es autosuficiente, se podría complementar la misma con las definiciones objetivas establecidas en otros Tratados Internacionales en materia de inversiones. Así mismo, se podría acudir a las definiciones que han hecho los tribunales arbitrales a los que se han sometido las controversias invocando este Tratado.

En este sentido cabe destacar que, en el marco de la ciencia jurídica, nos encontramos con que los diferentes Acuerdos internacionales de inversión y el propio Derecho internacional contienen generalmente su propio concepto de inversión, estableciendo en su mayoría conceptos amplios de inversión⁹⁵. No obstante, la creciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales va conformando de forma aproximativa un concepto objetivo de inversión aceptado por lo general en el sector⁹⁶. La fuente de esta definición es el caso *Salini Constructori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos*⁹⁷, dictado en 2001, donde el tribunal de CIADI establece cuatro criterios cumulativos para que la operación económica sea subsumible en el concepto de inversión del artículo 25 del Convenio⁹⁸, a saber: 1) existencia de una contribución, 2) cierta duración del proyecto, 3) riesgo del mismo para quien lo realiza y 4) la contribución al desarrollo del Estado receptor.

⁹³ Laudo *Isolux*, párrafo 675.

⁹⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. En Aranzadi Digital RCL 1980\1295.

⁹⁵ IRURETAGOIANA ARRIZABALAGA, I, *Operatividad del arbitraje ante supuestos de expropiación de inversiones extranjeras*. Tesis Doctoral, Donostia/ San Sebastián, Universidad del País Vasco, Donostia/San Sebastián, 2008, pág. 30.

⁹⁶ Laudo *Isolux*, párrafo 677.

⁹⁷ *Salini Constructori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos*, caso CIADI núm. ARB/00/4, laudo de 23 de julio de 2001.

⁹⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. En Aranzadi Digital: RCL1994\2584. (En adelante “Convención de Washington o Convenio CIADI”)

No obstante, con la evolución de la jurisprudencia arbitral, la definición objetiva de la noción de inversión, ahora incluye solamente : (1) una contribución, (2) la percepción de rendimientos y (3) la asunción de riesgos⁹⁹.

Por último, es necesario que esa inversión realizada por un inversor extranjero lo sea en relación con una “actividad económica en el sector de la energía”, la cual el artículo 1.5. del TCE define como “*una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos, salvo los incluidos en el Anexo NI, o relativa a la distribución de calor a instalaciones múltiples.*”

3. Derechos y obligaciones de las partes

Los compromisos asumidos por las partes contratantes receptoras de la inversión frente a los inversores extranjeros aparecen recogidos en la parte III del TCE, principalmente en los artículos 10¹⁰⁰ y 13.

Este TCE, al igual los APPRIs, recoge el derecho a un trato justo y equitativo (en adelante “TJE”), la cláusula de nación más favorecida, cláusula de estabilización, la cláusula de no expropiación, la obligación de no perjudicar la gestión mediante medidas exorbitantes, el mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones y, por último, introduce la cláusula paraguas.

A continuación, se llevará a cabo un análisis de los estándares de protección mencionados, centrándonos en los que han servido de fundamento para las pretensiones de los inversores contra el Reino de España con motivo de la política energética llevada a cabo.

3.1. Trato justo y equitativo

El principal compromiso asumido en el TCE por las partes, por su alegación constante por parte de los inversores extranjeros en los procesos arbitrales, es el de

⁹⁹ Laudo *Isolux*, párrafo 685.

¹⁰⁰ El tenor literal del artículo 10.1) del TCE es el siguiente: “*De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, 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**”.*

conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras partes *un trato justo y equitativo*¹⁰¹.

El artículo 10.1 del TCE impone esta obligación a las partes sin hacer ninguna aclaración adicional sobre qué se debe entender por “trato justo y equitativo”, por lo que estamos ante una obligación muy genérica que se presta a que los inversores la invoquen ante cualquier circunstancia que no pueda ser argumentada conforme al resto de derechos reconocidos en el TCE. Su falta de concreción ha llevado a una interpretación heterogénea por parte de los tribunales arbitrales que la aplican¹⁰².

Este tipo de estándar no constituye en sí un estándar que pueda ser utilizado en términos generales, sino que, más bien, habrá que atender las condiciones y circunstancias de cada caso que se apele, a fin de verificar su aplicación en la reclamación sobre la vulneración del TCE¹⁰³. No obstante lo anterior, los tribunales arbitrales han venido trazando algunos de los elementos que lo integrarían, entre los cuales se encuentran (1) el principio de buena fe, (2) transparencia, (3) respeto a las expectativas y (4) ausencia de arbitrariedad¹⁰⁴.

Así mismo, el artículo 1 establece que este trato justo y equitativo “en ningún caso será menor que el acordado por las normas y principios del derecho internacional”, cláusula que protege especialmente a los inversores que han llevado a cabo una inversión en un país donde las garantías jurídicas son menores.

Los tribunales arbitrales sobre inversión han enunciado los alcances de estos términos teniendo en cuenta estas consideraciones. Así, en el asunto *Tecmed vs México*¹⁰⁵ se sostuvo que:

“El inversor extranjero espera del Estado receptor que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor

¹⁰¹ GUAYO CASTIELLA, I. D. “La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables: a propósito del Laudo de 21 de enero de 2016”. Cuadernos De Energía, núm.47, 2016, pág.53. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5439953>.

¹⁰² LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, *España y la práctica del derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. España y la práctica del derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*. Escuela Diplomática, Madrid, 2014, pág. 261.

¹⁰³ DOLZER, R. y SCHEURER, CH. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pág. 119

¹⁰⁴ GUAYO CASTIELLA, I. D., “La Carta Internacional de la Energía en 2015...”, pág. 53.

¹⁰⁵ Caso CIADI, núm.ARB/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 154.

extranjero [...], sin que arbitrariamente revoque cualquier precedente decisión o normativa emitida que fuese tomada por el inversor para asumir sus compromisos y para alcanzar sus actividades comerciales”.

La cuestión clave, en cuanto al fondo, en los tres casos que van a ser objeto de análisis en este estudio —y seguramente también en los que están pendientes de fallo— reside en la aplicación del concepto de “trato justo y equitativo” y su elemento consustancial: las “legítimas expectativas”.

Al respecto, la interpretación arbitral oscila básicamente entre los laudos que consideran un elemento esencial del trato justo y equitativo el mantenimiento de la estabilidad del marco regulatorio del Estado para no frustrar las expectativas legítimas del inversor extranjero (actitud pro inversores¹⁰⁶) y los laudos que consideran incluida en el trato justo y equitativo la protección de las expectativas de los inversores en determinadas circunstancias y teniendo en cuenta el derecho del Estado a regular su economía y a cambiar su marco regulatorio por motivos objetivos (actitud pro estatal¹⁰⁷).

Como se verá, parece que, en la interpretación del TCE, los tribunales arbitrales se decantaron por la segunda interpretación (actitud pro estatal) basándose en que este tratado no recoge un compromiso específico (cláusula de estabilización) a no modificar la regulación que pueda crear legítimas expectativas al respecto, por lo que el trato justo y equitativo no otorga al inversor un derecho de estabilidad regulatoria.

Así, tal y como afirma el tribunal de *Eiser* citando el laudo *Micula c. Rumanía*: “La pregunta que se plantea aquí es en qué medida las protecciones que ofrecen los tratados y, en particular, la obligación de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo conforme al TCE, se pueden invocar y dar lugar a un derecho de compensación como resultado del ejercicio del reconocido derecho a regular de un Estado¹⁰⁸.”

¹⁰⁶ *CMS c. Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, párrafo 274; *Occidental c. Ecuador*, caso LCIA n.º UN 3467, laudo de 1 de julio de 2004, párrafo 183; *Metalclad c. Mexico*, caso CIADI n.º ARB/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 99; *LG&E c. Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, párrafo 125. citado por LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes...”, pág.261

¹⁰⁷ *Parkerings-Compagniet c. Lituania*, caso CIADI n.º ARB/05/8, laudo de 11 de septiembre 2007, párrafo 344; *Duke Energy c. Ecuador*, caso CIADI n.º ARB/04/19, laudo de 18 de agosto de 2008, párrafo 340; *AES c. Hungría*, caso CIADI n.º ARB/02/17, laudo de 23 de septiembre de 2010, párrafos .938–9312. Referente al TEC hay que mencionar el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, caso CIADI n.º ARB/05/18, laudo de 10 de marzo de 2010, párrafos 434–44 citado por LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes...”, pág.261

¹⁰⁸Laudo *Eiser*, párrafo 362.

3.2. Expropiación directa/indirecta (art 13 TCE)

El art. 13 de TCE prohíbe la adopción de medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva¹⁰⁹. Este artículo es el segundo argumento utilizado por los inversores en los procedimientos arbitrales seguidos contra el Reino de España, al entender que las condiciones previstas en el citado artículo no se manifiestan y por ello alegan la vulneración del derecho del inversor.

Cabe destacar, en primer lugar, que una expropiación de la inversión puede manifestarse como la pérdida de total de los bienes invertidos (expropiación directa) o en limitaciones que el Estado impone al inversor y que le privan de un normal desarrollo de la inversión, restringiendo sus derechos legítimos de retribución económica por las inversiones efectuadas (expropiación indirecta)¹¹⁰.

En este estudio nos centraremos en las expropiaciones indirectas: “*medida de efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación*”¹¹¹, también llamada “*Creeping expropriation*” es decir, expropiación operada de manera continua a través de tasas, reglamentos y cambios legislativos, por ser hoy en día el tipo más común de expropiación y ser la invocada por los inversores frente a la política de recortes en el ámbito de las energías renovables llevada a cabo por el Gobierno.

Dada la variedad de tribunales arbitrales y al hecho de que sus decisiones no vinculan al resto, nos encontramos con una jurisprudencia arbitral sobre prohibición de la expropiación indirecta bastante heterogénea. Sintetizando la citada jurisprudencia, nos encontramos con dos corrientes a la hora de analizar las expropiaciones indirectas¹¹²:

Por una parte, está la “*sole effects doctrine*”, que utiliza como único criterio para determinar si hay expropiación indirecta el del perjuicio causado a la propiedad de la inversión extranjera por la medida o las medidas nacionales que rebajan su valor. Por tanto, la existencia de expropiación indirecta depende únicamente de que impacto

¹⁰⁹ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 de enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial de Inversiones*, Vol.9, núm.2, Iprolex, Madrid, 2016, pag.487

¹¹⁰ GUAYO CASTIELLA, I. D., “La Carta Internacional de la Energía en 2015...”, pág. 116.

¹¹¹ Art 13 del TCE.

¹¹² LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes...”, pág. 252-253.

económico de la medida sea equivalente por su magnitud a una privación de la inversión, es decir, su interferencia con las expectativas razonables del inversor y su duración, no teniendo en cuenta los objetivos legítimos perseguidos por el Estado con la misma¹¹³.

Por otra parte, la “*police power doctrine*”, sostiene que se debe de tener en cuenta el objetivo perseguido por la medida estatal y no sólo que su impacto sobre el valor de la inversión equivalga a una privación de la misma. Las resoluciones que siguen esta doctrina diferencian entre reglamentaciones nacionales legítimas, que — aunque afecten a las inversiones extranjeras— no generarían la obligación de indemnizar, y medidas que sí que constituyen expropiaciones indirectas, las cuales obligarían a los Estado a compensar los daños generados a los inversores.

El artículo 13 del TCE parece admitir la posibilidad de que se dé una expropiación legítima por parte del Estado, al establecer que, si las supuestas expropiaciones han sido tomadas con criterios motivados por el interés público, de manera no discriminatoria y con arreglo al debido procedimiento legal, y como ocurre en el Derecho Administrativo Español, van acompañadas del pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva no se entendería vulnerado el estándar de protección previsto en el citado artículo 13 TCE.

Consecuentemente, en el caso de los recortes a los incentivos FIT españoles los inversores extranjeros fundamentarán sus pretensiones en el hecho de que las medidas llevadas a cabo equivalen a una privación de la inversión.

3.3. *Cláusula de la nación más favorecida (Art 10 TCE)*

El TCE garantiza la protección de las inversiones extranjeras en energía basadas en el principio de no discriminación y, además, asume la obligación de extender el trato nacional o de nación más favorecida (lo que resulte más favorable) a los nacionales y personas jurídicas de otros Estados signatarios que hayan invertido en su sector energético¹¹⁴.

Esta obligación de no discriminación incluye también a las autoridades subnacionales, las empresas estatales y las empresas privadas con privilegios exclusivos

¹¹³ Laudo *LG&E Energy c. Argentina*, párrafo 190., citado por LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes ...”, pág. 254.

¹¹⁴ KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T. “Energy Charter Treaty and its role in International Energy”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, núm. 24, International Bar Association, Londres, 2016, pág. 532 [Traducción propia]

o especiales¹¹⁵. Esto significa que el gobierno tiene la responsabilidad de garantizar que sus instrumentos, las empresas estatales y las empresas privadas dominantes, no discriminen a los inversores en ECT¹¹⁶.

Varios apartados del art. 10 del TCE hacen referencia a cláusula de la nación más favorecida. En primer lugar, establece que cada una de las Partes Contratantes procurará conceder a los inversores de otras Partes Contratantes un trato no 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 favorable¹¹⁷. Asimismo, extiende este trato a las actividades relacionadas con las inversiones, como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación (apartado 7 del citado artículo). En segundo lugar, como ya se ha mencionado antes, en ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados¹¹⁸.

Este estándar de tratamiento de nación más favorecida ha permitido lo que la doctrina ha catalogado como la “multilateralización de los tratados” en materia de inversiones, frente a la protección a que aspira un inversor. Ello implica que en aquellos supuestos donde un TBI otorgue un mejor trato, que el otorgado por el TCE, a un inversor de un tercer Estado, siendo el estado receptor parte de ese TBI, pudiera aplicarse el mismo al inversor extranjero protegido¹¹⁹.

No obstante, el TCE prevé una cláusula de protección para preservar el trato preferente derivado de los tratados constitutivos de las Organizaciones Regionales de Integración Económica que sean parte contratante. Así, el artículo establece que ninguna parte contratante que sea parte un acuerdo de integración económica estará obligada a hacer extensivas las ventajas de cualquier tipo de trato preferente aplicable entre las partes por pertenecer a una Organización Regional de Integración Económica (en adelante “ORIE”).

¹¹⁵ Art 22 y 23 TCE sintetizado por KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T., “Energy Charter Treaty ...”, pág. 532

¹¹⁶KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T. “Energy Charter Treaty...”, pág. 535 [Traducción propia]

¹¹⁷ Artículo 10.2) en relación con la definición de trato dada en el art 10.3) del TCE.

¹¹⁸ Art 10.1) TCE.

¹¹⁹FAYA RODRÍGUEZ, A. “The Most-Favoured Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, *Journal International Arbitration*, Vol. 25, núm. 1, Kluwer Law International, Países Bajos, 2008, págs. 93-96. Recuperado de https://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/2/

Este artículo 21.3 a)¹²⁰ vendría a traducirse, por ser la Unión Europea una ORIE, en que cuando los inversores no comunitarios demanden a un Estado Miembro no pueden pedir que se les apliquen normas comunitarias alegando el estándar de nación más favorecida por considerarlas más ventajosas que las previstas en el Tratado.

3.4. Cláusulas paraguas (art 10 ECT)

La cláusula paraguas viene recogida en la última frase del apartado primero del artículo 10 del TCE la cual establece que “*Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.*”

Algunos autores consideran que este tipo de cláusulas tiene como fin incluir dentro del ámbito del respectivo TBI aquellas acciones ejercidas por el Estado que no se configuran necesariamente como expropiatorias ni como denegatorias de trato justo y equitativo constituyendo un efecto de cláusula residual¹²¹

Otro rasgo de esta cláusula, según algunos autores es que se trata de una reafirmación de la obligación que incumbe a los gobiernos, en virtud del derecho internacional, de respetar los contratos celebrados con los inversores extranjeros¹²². De acuerdo a esta interpretación un gobierno no puede depender simplemente de los poderes gubernamentales para revocar un acuerdo o, posiblemente también, para coaccionar a un inversionista a una renegociación forzada, sino que sólo pueden revocar los acuerdos existentes pagando una indemnización completa. Se podría asimismo argumentar que este principio reafirma la obligación universal de la "inviolabilidad del contrato.”

4. Solución de controversias entre las partes contratantes

Para hacer efectiva la protección sustantiva explicada en los apartados anteriores, la parte V del TCE prevé un sistema de resolución de controversias entre los inversores particulares y el Estado en el que se haya realizado la inversión y entre los propios Estados. En este estudio nos vamos a centrar en el mecanismo de solución de litigios entre

¹²⁰ Tenor literal del artículo 21.1 TCE: *Los apartados 2 y 7 del artículo 10 se aplicarán a las medidas impositivas de las Partes Contratantes distintas de los impuestos sobre la renta o el capital, con la salvedad de que dichas disposiciones: a) no se aplicarán de manera que impongan obligaciones de nación más favorecida en relación con las ventajas concedidas por una Parte Contratante en virtud de las disposiciones [...] que se deriven de su pertenencia a una Organización Regional de Integración Económica;*

¹²¹ SOMMER, C. G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. ACDI”, *Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, Vol.6, 2013, pág. 101 Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941865>

¹²² KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T. “Energy Charter Treaty...”, págs. 534-535 [Traducción propia]

los inversores privados y el Estado, que viene establecido en el artículo 26 del citado tratado.

Cabe destacar que el ya mencionado artículo establece que “*En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.*”

En el caso de no llegar a una solución amigable, el apartado segundo establece una cláusula “*Electa una vía*” que permite al inversor, a su libre arbitrio, elegir entre someter la solución de la controversia a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, acudir a cualquier procedimiento de solución de controversia previamente convenido con el Gobierno, o bien optar por el arbitraje internacional¹²³.

Con el propósito de fomentar las soluciones amistosas, el tratado establece un periodo mínimo de 3 meses, llamado “*cooling-off period*”, cuyo cómputo comienza a contar el día que a instancia de cualquiera de las partes se haya solicitado llegar a una solución amistosa para que pueda operar la cláusula “*Electa una vía*”.

4.1. Arbitraje como método de resolución de controversias

En primer lugar, entendemos por arbitraje como “la técnica que permite la resolución de controversias entre las partes, mediante la conclusión de un pacto entre ellas para someterse al enjuiciamiento de un tribunal privado constituido por árbitros que, a través de un proceso, zanján definitivamente la controversia dictando un fallo obligatorio¹²⁴.”

Por otro lado, para poder someter las controversias a arbitraje siempre es necesario el consentimiento expreso y por escrito de las partes, al respecto cabe destacar que España y el resto de partes contratantes, con la firma del TCE han prestado su consentimiento de manera anticipada a esta vía de resolución de conflictos.

Bien es cierto que, este consentimiento no ha sido prestado de manera incondicional por parte de nuestro País, sino que el mismo se aplica a condición de que el inversor

¹²³ Artículo 26 TCE.

¹²⁴ CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Cívitas, 1978, pág. 211

renuncie a sus derechos a iniciar cualquier otro procedimiento de resolución de diferencias bajo la misma causa de pedir y pretensiones coincidentes, con miras a evitar la aparición de procedimientos paralelos¹²⁵.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, a la vista de la postura de los Tribunales Españoles respecto de la política en energías renovables, los inversores extranjeros han optado por reivindicar sus derechos conforme al Tratado directamente contra el estado receptor mediante el arbitraje internacional.

Hay que mencionar además que esta opción contiene ventajas inherentes, propias y específicas del arbitraje, como técnica privada de resolución de conflictos, que pudiéramos denominar causas intrínsecas de la institución arbitral de Derecho Común las cuales serían principalmente: la competencia especializada de los árbitros, que son elegidos por las partes, la rapidez y economía, la obtención ante la institución arbitral de decisiones arbitrales firmes y definitivas, dado que el sistema de recursos está muy limitado y la confidencialidad del proceso, ya que ni las vistas ni las resoluciones son públicas en principio, salvo autorización expresa de las partes¹²⁶.

Una vez que el inversor extranjero ha elegido el arbitraje internacional como foro de resolución de conflicto, el artículo 26.4¹²⁷ del Tratado ofrece a la parte inversora dos modalidades de arbitraje entre las que elegir: el arbitraje ad hoc o “no administrado” y el arbitraje institucional o “administrado”.

Si se decanta por el arbitraje "administrado", o institucional, el TCE proporciona la opción al inversor de acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas

¹²⁵ Art. 26.3 b) i) TCE comentado por DE LOS SANTOS, C. ARANA S., e IGLESIAS, J., “Arbitraje internacional bajo el ...” pág.7

¹²⁶ CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F. Tratado de arbitraje privado..., pág. 211

¹²⁷ Tenor literal del artículo 26.4 TCE: *En el caso de que un inversor opte por someter la controversia para su solución con arreglo a la letra c) del apartado 2), dicho inversor deberá asimismo presentar su consentimiento por escrito de que la controversia se someta: a) i) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado "Convenio CIADI"), en caso de que tanto la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI; o ii) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio mencionado en el inciso i) de la letra a), de acuerdo con la normas por las que se rige el Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del Centro (en adelante denominadas "Normas sobre el Mecanismo Adicional"), en caso de que o la Parte Contratante del Inversor o la Parte Contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI; b) un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante denominado "CNUDMI"), o c) un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo;*

a Inversiones (en adelante “CIADI”) del Banco Mundial o al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante “CCE”).

En caso de optarse por acudir al CIADI, conviene distinguir, si estamos ante una controversia entre dos partes contratantes del TCE, que a su vez son parte del Convenio de Washington o si por el contrario únicamente una las partes contratantes entre las que ha surgido la controversia es parte del citado Convenio.

En caso que ambas partes sean parte del Convenio CIADI, sería aplicable la regulación de los aspectos procesales y sustantivos del arbitraje contenida en el mismo, normativa propia de esta institución. En caso que ambas partes sean parte del Convenio CIADI, sería aplicable la regulación de los aspectos procesales y sustantivos del arbitraje contenida en el mismo, normativa propia de esta institución¹²⁸. El arbitraje CIADI reúne una serie de ventajas y características frente al resto de arbitrajes internacionales ya que (1) está especializado en la resolución de conflictos entre Estados e inversores de otros Estados, por lo que puede dar una respuesta jurídica más adecuada a este tipo de controversias; (2) el sistema CIADI proporciona un alto grado de transparencia, dado que ofrece la posibilidad de que las vistas sean públicas y que las decisiones se publiquen; (3) la propia institución CIADI conoce del procedimiento de anulación, lo cual no ocurre en otros arbitrajes; y (4) laudos arbitrales dictados por esta institución que contienen condenas pecuniarias gozan de un mecanismo de ejecución forzosa privilegiado en los Estados Contratantes del Convenio de CIADI¹²⁹.

Por el contrario, si nos encontramos en el segundo de los casos, sería aplicable el Mecanismo Complementario del CIADI, creado el 27 de septiembre de 1978, cuyos servicios se rigen por el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI¹³⁰.

Por otra parte, si se opta por acudir al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, las normas que regirían ese arbitraje serían las previstas en su Reglamento¹³¹.

¹²⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ya citado con anterioridad.

¹²⁹ ALI, A.H, “In the Eye of the Storm...”, pág. 26-27.

¹³⁰ Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>

¹³¹ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 1 de enero de 2010. Actualmente derogado por el aprobado el 1 de enero de 2017. En <https://fernandezrozas.com/2017/01/17/entrada-en-vigor-de-los-nuevos-reglamentos-del-arbitration-institute-de-la-camara-de-comercio-de-estocolmo/>.

Por lo que se refiere al arbitraje "no administrado", el Tratado prevé la posibilidad de someter el litigio tanto a un único árbitro internacional como a un tribunal de arbitraje *ad hoc* siguiendo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o "United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL").

IV. ANÁLISIS DE LOS LAUDOS DICTADOS CON MOTIVO DE LA REFORMA ENERGÉTICA DE ESPAÑA.

En este apartado se va a realizar un análisis de los tres laudos dictados hasta el momento en materia de la reforma energética llevada a cabo por el Reino de España. En ellos se plantean una serie de objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, así como la posible vulneración por parte del Reino de España de las obligaciones contraídas en virtud del TCE, mediante los recortes introducidos en el Régimen Especial aplicable a las instalaciones productoras de E-FER. Como se verá, los dos primeros laudos dan la razón a España, mientras que el último condena a nuestro país al pago de una elevada cantidad de dinero.

1. *Charanne c. España*

En este procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, las sociedades demandantes *Charanne B.V.* y *Construction Investments S.A.R.L.*, sociedades holandesa y luxemburguesa respectivamente de la filial de renovables del Grupo *Isolux Corsán, T-Solar, S.A.*, de nacionalidad española, demandaron al Reino de España por las modificaciones regulatorias llevadas a cabo en materia de energías renovables, al entender que el RD 1565/2010 y el RDL 14/2010 infringían el TCE.

Tal y cómo se puede deducir del párrafo anterior, las partes excluyeron del objeto del proceso las modificaciones legislativas posteriores al último RDL mencionado.

1.1. *Cuestiones procesales*

El Reino de España, en este procedimiento, plantea una serie de objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, con base que: (1) El arbitraje ha devenido sin objeto; (2) los Demandantes han renunciado a la jurisdicción del tribunal arbitral activando la cláusula "*Electa una vía*"; (3) Los demandantes no son "inversores" de acuerdo con el artículo 1.7) TCE, por ser enteramente controlados por nacionales de la parte demandada.

(4) Se trata de un conflicto ad-intra UE al que no se le aplicaría el TCE, sino que se le aplicaría el régimen normativo de la UE.¹³²

Como se podrá comprobar a continuación, el tribunal arbitral rechaza todas y cada una de las objeciones jurisdiccionales planteadas.

1.1.1. Falta sobrevenida de Objeto

En lo que respecta a la primera excepción procesal, que plantea la inadmisibilidad de la demanda por falta sobrevenida de objeto, el tribunal entiende que es una cuestión que debe tratarse como cuestión de fondo, por lo que no será analizada en este apartado¹³³.

1.1.2. Activación de la cláusula “*Electa una vía*”

En cuanto a la segunda excepción procesal, la parte demandada, invoca el artículo Art. 26.3 b) i) TCE, el cual que evita la aparición de procedimientos paralelos de resolución de controversias, el nacional y el internacional¹³⁴.

En virtud del mismo, el consentimiento del Reino de España al arbitraje no es un consentimiento incondicional, sino que queda supeditado a que el demandante renuncie a su derecho de interponer una demanda en la que se el triple requisito de identidad: partes, objeto y causa, ante los tribunales españoles.

Partiendo de esta consideración, el Reino de España sostiene que los demandantes, al haber interpuesto demandas ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (En adelante “TEDH”) habrían optado en virtud del TCE por acudir a los Tribunales ordinarios de la parte contratante demanda y por tanto no pueden someter nuevamente la controversia a arbitraje internacional a pesar de que una de las demandas, la interpuesta ante el TEDH fuera desestimada.

Los demandantes niegan que se haya ejercido la cláusula “*electa una vía*” y sostienen la inexistencia de triple identidad en las causas iniciadas ante los tribunales ordinarios. Consideran que la parte demandante en los citados procedimientos judiciales son las Sociedades matrices de las que son accionistas y diversas filiales de las mismas, entidades con personalidad jurídica propia y diferenciada de la *Charanne B.V.* y *Construction Investments S.A.R.L.*, por lo que no hay identidad de partes.

¹³²Laudo *Charanne*, párrafo 396.

¹³³ *Idem*, párrafo 394.

¹³⁴ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final ...”, pág. 479.

Además, sostienen que en los procedimientos iniciados ante los tribunales españoles se cuestiona la nulidad del RD y RDL objeto del procedimiento mientras que, en el procedimiento arbitral, se invoca la incompatibilidad de los mismos con el TCE, en consecuencia, tampoco habría identidad de objeto.¹³⁵

El tribunal arbitral, a la vista de las alegaciones, entiende en primer lugar, que la interposición de la demanda ante el TEDH no podría considerarse como una activación de la cláusula “*Electa una vía*”, ya que no se trata de un tribunal español ni de un procedimiento de solución de controversias previamente establecido por las partes y por tanto no cabría alegar el artículo 26. 2 b) i), dado que el mismo únicamente opera cuando se haya optado por someter el litigio a los mecanismos previstos en el TCE¹³⁶.

En segundo lugar sostiene que, si bien es cierto, tal y como alega el Reino de España¹³⁷, que para apreciar identidad en las partes, habría que analizar la realidad económica de la estructura societaria de las distintas sociedades presentes en los diversos procedimientos en causa, el demandado tendría que demostrar que los demandantes del proceso arbitral tiene poder de decisión sobre las sociedades matrices y filiales de la que son accionistas y por tanto esas últimas serían entidades interpuestas para evadir la aplicación de la cláusula “*Electa una vía*”, cuestión que no ha sido probada en el procedimiento arbitral¹³⁸.

Por todo lo anterior, se rechaza esta objeción jurisdiccional.

1.1.3. Las partes demandantes no son “inversores extranjeros” del TCE.

El tercer argumento del Reino de España es que los inversores no son “inversores” según el artículo 1.7) TCE dado que se debe atender a la nacionalidad efectiva de la persona jurídica partiendo del hecho de que la finalidad del TCE no es otra que “proteger a los inversores extranjeros y no a los nacionales del estado demandado que articulan su inversión de una manera artificiosa para burlar la jurisdicción española”¹³⁹. Atendiendo a este criterio, y considerando que la condición de “extranjero” es una condición objetiva no un requisito formal de aplicación del tratado, consideran que las sociedades demandantes son sociedades “pantalla” detrás de las cuales se encuentran verdaderamente

¹³⁵ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 481.

¹³⁶ Laudo *Charanne*, párrafo 409.

¹³⁷ *Idem*, párrafo 404.

¹³⁸ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 483

¹³⁹ Laudo *Charanne*, párrafo 412.

dos personas físicas de nacionalidad española, por lo que no se daría la diversidad de nacionalidades que exige el artículo 26 TCE.¹⁴⁰

Así mismo alega el demandado que en caso de declararse competente el tribunal arbitral se estaría vulnerando el orden público español, en concreto el artículo 14 de la Constitución Española que recoge el principio de igualdad, puesto que se estaría poniendo al alcance de las personas físicas españolas accionistas de las sociedades demandantes extranjeros un mecanismo de resolución de conflictos al cual no tendría acceso cualquier otro español.

El tribunal comienza citando la definición de “inversor” persona jurídica contenida en el artículo 1.7) TCE, que como se ha analizado con anterioridad, adopta un criterio meramente jurídico: “la constitución de arreglo a la legislación aplicable a la parte contratante”. Atendiendo a esta definición, las dos partes demandantes cumplen el requisito, al haber sido constituidas de acuerdo a la legislación Holandesa y de Luxemburgo respectivamente, además recuerda que no existe ninguna cláusula en el TCE que prevea la denegación de beneficios cuando una sociedad esté controlada por nacionales de la parte demandada¹⁴¹.

También establece el tribunal que, para que se aplique la doctrina del levantamiento del velo societario, es necesario que existan indicios de fraude a la jurisdicción. En este caso, la parte demandada no ha alegado ni probado el carácter fraudulento en la estructura de inversión de *Charanne B.V.* y *Construction Investments S.A.R.L* que pudiera justificar la aplicación de esta doctrina.

Hay que mencionar además, que el tribunal termina su argumentación sosteniendo la postura adoptada bajo el TCE por el tribunal que conoció del caso *Yukos*, el cual limitó el alcance del levantamiento del velo societario entendiendo que “el tribunal no conoce de un principio general del derecho internacional que requiera que se investigue la operativa de la sociedad cuando el tratado aplicable únicamente exija que esté constituida dicha sociedad de acuerdo con las leyes de una parte contratante¹⁴².”

¹⁴⁰ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. (2016), “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 480

¹⁴¹ URÍA MENÉNDEZ, “Crónica legislativa y jurisprudencial: Arbitraje y mediación” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.42, 2016, pág. 180. En <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4984/documento/cronica.pdf?id=6233>

¹⁴² *Yukos c. Rusia*, caso del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya, Laudo de 28 de julio de 2014, párrafo 415.

En lo que respecta a la posible vulneración del orden público español, el tribunal sostiene que la competencia del mismo se debe analizar el acuerdo al TCE y no al derecho interno de la parte contratante. Ahora bien, tampoco podría entenderse que existe una vulneración del principio de igualdad y el de la tutela judicial efectiva, puesto que estos principios aseguran el igual acceso de los españoles a la jurisdicción nacional y “de ninguna manera prohíben que un ciudadano español pueda gozar de tutelas particulares según su situación particular¹⁴³.”

1.1.4. Controversia intra-UE a la que sería aplicable el derecho de la UE.

La cuarta excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral pivota sobre el carácter intra-UE de la controversia, al ser tanto los inversores demandantes como el Estado receptor de la inversión demandado, miembros de la UE.

El Reino de España entiende que, dado que todas las partes son miembros de una misma ORIE, no se cumple el requisito de diversidad del territorio establecido en el artículo 26.1) del TCE. Parten de la definición de territorio establecida en el artículo 1.10) segundo párrafo, el cual se considera que abarca los territorios de los EM.

En segundo lugar, alega que existe una cláusula de desconexión implícita para las relaciones intra-UE y en relación a la misma añade que, otorgar jurisdicción al tribunal arbitral sería contrario al derecho de la UE puesto que su artículo 344 TFUE¹⁴⁴ no permite a los EM acordar el sometimiento de las controversias a un tribunal que no sea Comunitario Europeo¹⁴⁵.

El tribunal comienza argumentando que, aunque la UE sea miembro del TCE, también lo son los Estados que la componen, al ser todos parte signataria del citado Tratado. Recuerda que el artículo 1.10) del TCE, define el concepto de “territorio” con respecto a un Estado parte contratante como “el territorio sobre el que ésta ejerza su soberanía” y “Con respecto a una Organización Regional de Integración Económica que constituyan Partes Contratantes, el término "territorio" abarcará los "territorios" de los Estados miembros de dicha organización¹⁴⁶”, por lo que tanto la UE como ORIE, como

¹⁴³ Laudo *Charanne*, párrafo 423.

¹⁴⁴ Tratado de Funcionamiento de la UE, de 25 de marzo 1957. En Aranzadi Digital RCL 2009\2300.

¹⁴⁵ *Idem*, párrafo 426.

¹⁴⁶ Art 1.10) primer y segundo párrafo TCE.

los EM signatarios puede ostentar legitimación procesal en una acción basada en el TCE¹⁴⁷

En relación a lo anterior, entiende que para saber si el concepto “territorio” se refiere al de un EM o al de la ORIE, habría que estar al contenido de la demanda y a la entidad contra la cual la misma se dirige. En este caso, las actuaciones consideradas contrarias al TCE provienen del ejercicio de la soberanía nacional de España, no de las actuaciones de la Unión Europea como ORIE, por lo que el concepto de se entiende referido al territorio de España y se da la diversidad de territorio exigida por el Tratado¹⁴⁸.

Tal y cómo alega el Reino de España, existe una desconexión implícita de la cláusula de resolución de controversias respecto de los países de la UE, puesto que por un lado el artículo 27 TCE prevé un arbitraje *ad hoc* de resolución de conflictos entre Estados signatarios del mismo y, por otro lado, el artículo 267 del TFUE y la decisión *Mox Plant*¹⁴⁹, sostienen que las disputas entre EM de la UE no pueden ser resueltas a través de un arbitraje¹⁵⁰.

Sin embargo, el tribunal rechaza que esta desconexión implícita pueda ser aplicada de manera analógica al caso objeto de análisis, ya que entiende que estamos ante una disputa entre inversor y Estado, no ante controversias entre Estados de la UE, por lo que el artículo que es aplicable al caso es el 26 del TCE no el art. 27¹⁵¹.

En lo que respecta a las controversias entre particular EM y Estado EM de la UE, el órgano arbitral entiende que no existe ninguna disposición en el derecho de la UE que prohíba su sometimiento a arbitraje, por lo que no existiría contradicción entre el TCE y TFUE en la que fundamentar una desconexión implícita del TCE, siendo el objetivo último de tal cláusula el de resolver un conflicto entre el TCE y el TFUE¹⁵².

En todo caso, el tribunal considera que la fundamentación de la desconexión implícita podría provenir de la interpretación del TCE, si de ésta se desprendiese la intención de las partes contratantes de excluir de la aplicación del artículo 26 TCE los

¹⁴⁷ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 485.

¹⁴⁸ *Idem*, pág. 485.

¹⁴⁹ *Irlanda c. Reino Unido*, caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar núm.10, sentencia de 3 de diciembre de 2001. En

http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/2001.12.03_Ireland_v_United_Kingdom.pdf

¹⁵⁰ Laudo *Charanne*, párrafo 119.

¹⁵¹ *Idem*, párrafo 433.

¹⁵² *Idem*, párrafo 438.

conflictos surgidos entre inversores comunitarios y Estados comunitarios. Nos obstante, recuerda el tribunal que, los criterios de interpretación aplicables¹⁵³ serían los previstos en el artículo 31 de Convenio de Viena, que establece que “*Un tratado deberá interpretarse 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 objetivo y fin.*” De acuerdo a los mismos, dado que los términos del Tratado son claros, no queda justificado el uso de ninguna interpretación adicional que pueda implicar la existencia de una cláusula de desconexión implícita para disputas intra-UE¹⁵⁴.

El Reino de España, como ya hemos puesto de manifiesto al comienzo de este apartado, alega que en virtud de una interpretación literal del art 344 TFUE, el cual no permite a los EM aplicar arbitrajes sobre el derecho de la UE, no se podrían someter a arbitraje tampoco las disputas entre particulares y EM, dado que una resolución favorable al particular afectaría, al igual que las disputas entre Estados, a la responsabilidad del Estado, lo cual en última instancia conllevaría una interpretación de los Tratados Europeos¹⁵⁵.

El tribunal rechaza esta tesis, al entender que de ser la misma cierta, ningún tribunal Estatal podría decidir sobre ninguna cuestión que implicase responsabilidad del Estado, dado que únicamente los tribunales europeos podrían conocer del asunto. Sin embargo, constantemente los tribunales españoles están conociendo de procedimientos contra el propio Estado en los que se aplica Derecho Europeo, además los Estados pueden pactar convenios arbitrales en disputas que puedan implicar temas de derecho de la UE¹⁵⁶. Es más, sostiene el tribunal, que “hoy en día es universalmente aceptado que un tribunal arbitral no sólo tiene el poder, sino incluso el deber, de aplicar derecho de la UE¹⁵⁷.”

El alcance por tanto del artículo 344 TFUE es “el de garantizar que el tribunal de Justicia de la UE tenga la última palabra sobre la interpretación del derecho de la UE para asegurar su interpretación uniforme¹⁵⁸.” A este razonamiento cabría añadir, aunque el tribunal arbitral no lo mencione, que existe la “Cuestión prejudicial” en el derecho

¹⁵³ Laudo *Charanne*, párrafo 437.

¹⁵⁴ *Idem*, párrafo 439.

¹⁵⁵ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 486

¹⁵⁶ *Idem*, pág. 487.

¹⁵⁷ Laudo *Charanne*, párrafo 443.

¹⁵⁸ *Idem*, párrafo 444.

Europeo¹⁵⁹, a través de la cual el órgano jurisdiccional nacional puede consultar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación o validez del Derecho europeo.

Por último, el tribunal arbitral sostiene que el Reino de España podría haber argumentado la posible existencia de alguna norma de orden público europeo que prohibiera la resolución de la disputa mediante arbitraje. También podría haber alegado que la posible estimación de la demanda por parte del tribunal arbitral pudiera ser contraria al ordenamiento europeo, al poder calificarse la indemnización como “ayuda de Estado”, actuación prohibida en el ordenamiento de la UE. En todo caso, estas consideraciones de haber sido alegadas, habría tenido que ser analizadas en el fondo de la cuestión, no en las objeciones jurisdiccionales al tribunal arbitral¹⁶⁰.

1.2. Cuestiones de fondo

En lo que a las cuestiones de fondo se refiere, dada la extensión de los razonamientos de las partes y del tribunal, se van a analizar de manera concisa, centrándonos en los puntos más relevantes y significativos. El tribunal tal y como se verá a continuación, acaba dando la razón en este laudo al Reino de España al entender que las disposiciones del TCE no han sido vulneradas.

Tal y como hemos comentado con anterioridad, al entrar a conocer del fondo es cuando se debe analizar la posible falta sobrevenida de objeto.

Se debe de tener en mente, en primer lugar, que la inversión de las sociedades demandantes es anterior a la entrada en vigor del RDL 1565/2010 y del RDL 14/2010 y que el objeto del laudo es únicamente el citado paquete de medidas.

Al respecto, los demandantes alegan la vulneración del artículo 13 y 10.1) del TCE que contempla la obligación de los Estados de no expropiar de manera discriminatoria, desproporcionada e injustificada y la de otorgar al inversor extranjero un trato justo y equitativo, respectivamente.

Asimismo, sostiene la parte demandante el incumplimiento por parte de España de proporcionar a través del ordenamiento nacional los medios eficaces para la tramitación de las demandas y el ejercicio de derechos previsto en el artículo 1.12) TCE.

¹⁵⁹ Prevista en el artículo 267 TFUE.

¹⁶⁰ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, pág. 486.

1.2.1. Falta sobrevenida de objeto

Sostiene el Reino de España, que las disposiciones objeto de la presente litis han sido derogadas por el RDL 9/2013, por lo que se estaría ante un caso claro de desaparición sobrevenida del objeto de este arbitraje¹⁶¹.

El tribunal rechaza la postura del demandado, entendiendo que, hasta la aprobación del RDL 9/2013 y su posterior reglamento de desarrollo, comentado en la primera parte de este trabajo, los inversores vinieron percibiendo la retribución establecida en los RD 661/2007 y RD 1578/2008, por lo que las normas de 2010 sí que han pudieron afectar, aunque de manera transitoria, a los derechos de los inversores¹⁶².

1.2.2. Carencia de medios eficaces en el Ordenamiento nacional para el ejercicio de los derechos

Los demandantes alegan también, una violación del deber del Estado de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos a consecuencia de la introducción de las modificaciones en materia de energías renovables, mediante Real Decreto Ley, con el claro objetivo de obstaculizar su impugnación.

En este punto se debe recordar que un RDL, al tener rango de Ley, no es impugnable directamente por los particulares ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, sino que solo son impugnables los actos administrativos concretos que se dicten en aplicación de esta norma vía responsabilidad patrimonial, es decir, cuando los mismos hayan causado daños y perjuicios al particular. Así mismo, el particular puede sugerir al Juez en sede de un procedimiento judicial ya iniciado que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si se entiende que esa norma pudiera ser contraria a algún precepto de la Constitución en cuyo caso el juez resolvería sobre la pertinencia de la mismas¹⁶³.

El tribunal responde a la alegación de los demandantes sosteniendo en primer lugar que, para verificar si un Estado da cumplimiento a la obligación recogida en el artículo 10.2) se debe apreciar el sistema legal en su conjunto, siendo suficiente que se

¹⁶¹ Laudo *Charanne*, párrafos 452-454.

¹⁶² *Idem*, párrafo 454.

¹⁶³ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. (2016), “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, págs. 489-490.

establezca un sistema adecuado de leyes e instituciones que funcione de manera efectiva¹⁶⁴.

En segundo lugar, atendiendo a lo anterior, acaba rechazando la objeción jurisdiccional, dado que considera que las dos vías de impugnación comentadas son suficientes para cumplir con la obligación de proporcionar medios eficaces y recuerda que este estándar de protección Internacional no puede obligar al Estado a adoptar un sistema de recursos específico para dar cumplimiento al mismo¹⁶⁵.

Al respecto, el tribunal arbitral parece olvidarse que las cuestiones de inconstitucionalidad se deben plantear en el marco de un procedimiento ya iniciado, cuyo objeto no puede ser una norma con rango de Ley, sino una norma reglamentaria o un acto administrativo dictado en base a dicho RDL o a su norma de desarrollo, por lo que estaríamos de nuevo ante la necesidad de existencias de tales actos administrativos para obtener una tutela judicial, la cual tampoco está asegurada al ser el Juez ordinario el que decide finalmente si se plantea la Cuestión de Constitucionalidad o no¹⁶⁶.

1.2.3. Vulneración del artículo 13 TCE

Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del artículo 13 TCE, punto de especial relevancia, los demandantes, sostienen que se ha producido una expropiación indirecta, al considerar que el valor económico de su inversión y los rendimientos de sus activos se han visto seriamente afectados con la entrada en vigor de los RDL mencionados, derechos que junto con la titularidad quedarían protegidos de la expropiación en base al concepto amplio de inversión que proporciona el artículo 1.6) TCE¹⁶⁷.

Con carácter previo, el tribunal clasifica la inversión de los demandantes como una inversión en acciones, no en rendimientos como alegan los demandantes, dado que esta última exigiría según el artículo 1.6) TCE tal y cómo sostiene el Reino de España, una posesión o control por parte del inversor sobre esos rendimientos futuros de las plantas¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Laudo *Charanne*, párrafo 470

¹⁶⁵ *Idem*, Párrafo 472.

¹⁶⁶ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final...”, págs. 489-490

¹⁶⁷ Laudo *Charanne*, párrafos 278- 279.

¹⁶⁸ *Idem*, párrafos 459.

En lo que al concepto de expropiación indirecta se refiere, el tribunal sostiene que el elemento crítico a valorar es la severidad del impacto de las medidas para ver si el mismo es de tal magnitud que equivalga a la privación total o parcial de la inversión¹⁶⁹.

El órgano arbitral, a pesar de estar de acuerdo con los demandantes en que una expropiación indirecta puede surgir tanto de la pérdida de control sobre la inversión como de la pérdida de valor de la misma¹⁷⁰, los demandantes siguen siendo accionistas de la sociedad T-Solar, por lo que su derecho de propiedad no se ha visto afectado y esta compañía sigue operando y ofreciendo una rentabilidad positiva, lo que le lleva a concluir que no puede entenderse que las medidas hayan provocado una destrucción de valor equivalente a una expropiación¹⁷¹.

1.2.4. Vulneración del artículo 10.1) TCE

Por lo que se refiere a la vulneración del trato justo y equitativo reconocido en el artículo 10.1) TCE, los demandantes sostienen principalmente que ha existido vulneración del citado estándar por parte de España, al haber modificado la misma de manera sorpresiva el régimen regulatorio y económico que les era aplicable vulnerando así sus expectativas legítimas. Añaden así mismo, que las medidas al ser retroactivas, suprimen sus derechos adquiridos¹⁷².

Respecto de la primera cuestión referida, el tribunal recuerda que el objeto de la litis son las medidas de 2010, no pudiendo tener en consideración las medidas posteriores al 2010 en el análisis de la estabilidad o claridad del marco regulatorio¹⁷³.

Esta cuestión es muy relevante, ya que la decisión a la que llega el tribunal en este laudo, tal y cómo el mismo sostiene, no prejuzga a la que pudiera llegar otro tribunal arbitral con base al análisis conjunto de todas las normas adoptadas en materia energética, las cuales incluirían el paquete de medidas de 2013¹⁷⁴.

Centrándonos en la vulneración del principio de trato justo y equitativo a consecuencia de las medidas adoptadas en 2010, el tribunal arbitral entiende que para

¹⁶⁹ Laudo *Charanne*, párrafos 283.

¹⁷⁰ *Idem*, párrafo 464

¹⁷¹ *Idem*, párrafo 464-467.

¹⁷² *Idem*, párrafo 475

¹⁷³ *Idem*, párrafo 482.

¹⁷⁴ *Idem*, párrafo 542.

valorar la violación del citado estándar de protección, es importante analizar si existieron unas legítimas expectativas por parte del inversor.

Tal y como se ha comentado en el apartado sobre el TCE de este trabajo, la generación de legítimas expectativas ha de proceder o bien de un compromiso específico con un inversor o bien de un conjunto de actuaciones del Estado, en este caso de normas jurídicas que, aunque no hayan sido dirigidas específicamente a un inversor en concreto, han sido adoptadas con el fin de inducir a realizar la inversión y en base a ellas el inversor haya tomado la decisión de invertir¹⁷⁵.

El tribunal rechaza el argumento de los demandantes mediante el cual sostienen que las medidas regulatorias constituyeron verdaderos compromisos específicos del Estado para con los inversores, por entender que el elemento característico de las medidas legislativas y reglamentarias es la generalidad, de aceptar la tesis de los demandantes se estaría limitando excesivamente la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general¹⁷⁶.

Por otro lado, si bien entiende el órgano arbitral que tanto la campaña de fomento de las FER como la aprobación de los RD 661/2007 y RD 1578/2008 FER indujeron a la inversión, basándose en un análisis objetivo de dichas expectativas legítimas, considera que esta actuación por parte del Estado por sí misma no generaba una expectativa razonable de permanencia de la tarifa durante toda la vida regulatoria de las plantas¹⁷⁷, admitir lo contrario, tal y como se sostuvo el tribunal arbitral del caso *Electrabel c. Hungría*¹⁷⁸ bajo el TCE, suprimiría la capacidad del Estado de responder, en atención al interés público, a las circunstancias cambiantes del entorno y además supondría una petrificación del marco regulatorio aplicable.

Añade así mismo que, para valorar la existencia de legítimas expectativas, se debe valorar la conducta del inversor, el cual debería haber llevado a cabo un análisis diligente del marco jurídico de su inversión para poder alegar la existencia de dichas expectativas. Analizadas las circunstancias concretas del caso, se rechaza la imprevisibilidad de las medidas en el momento de la inversión, dado que tanto la legislación como la

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables...", pág.671.

¹⁷⁶ Laudo *Charanne*, párrafos 490-491.

¹⁷⁷ SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. "Reflexiones procesales sobre el laudo final...", pág. 491

¹⁷⁸ *Electrabel c. Hungría*, caso CIADI núm..ARB/07/19, laudo de 25 de noviembre de 2015. párrafo 777.

jurisprudencia española eran claras sobre la posibilidad de introducción de modificaciones en el sistema de retribución establecido¹⁷⁹.

Por todo ello, el tribunal concluye, reconociendo al Estado cierto margen de flexibilidad en el ejercicio de su poder regulatorio, que no existió una expectativa razonable de estabilidad del marco regulatorio.

No obstante, seguidamente, el órgano arbitral introduce una serie de límites a ese poder regulatorio del Estado, estableciendo que sí que podría frustrar las expectativas legítimas del inversor y por tanto constituir su actuación una vulneración del estándar de trato justo y equitativo, cuando esas modificaciones del marco regulatorio fueran tomadas de manera irracional, contrarias al orden público o de forma desproporcionada¹⁸⁰.

Tras analizar las circunstancias del caso, el tribunal llega a la conclusión de que las medidas no son desproporcionadas, irracionales ni contrarias al orden público por lo motivos que se verán a continuación.

En primer lugar, entiende que para considerar desproporcionadas las medidas, es necesario que estas hayan sido realizadas de manera innecesaria, imprevisible o repentina trastocando la esencia del régimen establecido con anterioridad. Dado que el paquete de medidas de 2010 fue promulgado a consecuencia del déficit tarifario y el derecho a percibir una tarifa FIT y a vender de manera prioritaria la totalidad de la producción no fueron suprimido por el mismo, se entiende que las medidas han sido proporcionadas¹⁸¹.

En segundo lugar, el órgano arbitral concluye que las medidas se deben a circunstancias objetivas por lo que no son arbitrarias ni irracionales. Por un lado, la limitación del periodo de perfección de la tarifa es consistente con la vida útil de las instalaciones y, por otro lado, las horas elegibles han sido limitadas conforme al criterio objetivo de zona climática en la que se ubiquen y tipo de tecnología utilizada¹⁸².

Por último, recuerda que el fundamento de las medidas ha sido el de reducir el déficit tarifario y en última instancia proteger a los consumidores, ya que el precio de la energía se había disparado¹⁸³.

¹⁷⁹ Laudo *Charanne*, párrafos 505-507.

¹⁸⁰ *Idem*, párrafos 513-515.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables...", pág 672.

¹⁸² Laudo *Charanne*, párrafo. 534.

¹⁸³ *Idem*, párrafo 536.

Por otro lado, y en relación con la alegación del carácter retroactivo de las medidas y su afectación de los derechos adquiridos por los inversores, el tribunal entendió que las nuevas medidas no tenían efecto retroactivo, sino que eran de aplicación inmediata, no viéndose así afectados los derechos adquiridos por los inversores¹⁸⁴.

1.3. Decisión del tribunal arbitral

Por las razones expuestas con anterioridad, el tribunal tras declararse competente para resolver la disputa en cuestión rechazó la totalidad de las alegaciones de los demandantes en cuanto al fondo. Consideró que con base al análisis limitado a las normas de 2010 que le habían sometido las partes demandantes, no había quedado demostrado que España hubiera violado la obligación de obligación de no expropiación, al no producir las medidas introducidas por España un efecto sobre la rentabilidad equivalente a la privación de propiedad, ni tampoco la obligación de conceder un trato justo y equitativo al inversor extranjero.

Respecto a esta última obligación, en síntesis, el tribunal consideró que, a pesar de introducir las normas de las 2010 modificaciones al marco regulatorio existente en el momento de la inversión, estas no suprimían las características esenciales del Régimen Especial. Además, ajustaban el periodo de percepción de una tarifa a la vida útil de las instalaciones, por lo que no se podía considerar que estas modificaciones fueran irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público o desproporcionadas, vulnerando las legítimas expectativas bajo el TCE.

Al llegar a esta conclusión, como ya se ha comentado con anterioridad, el tribunal dejó claro que no pretendía prejuzgar de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal en base al análisis conjunto de los dos bloques de reformas, el de 2010 y el de 2013.

2. *Isolux Infrastructure Netherlands c. España*

El 3 de octubre de 2013, la sociedad *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* (En adelante “INN o *Isolux*”), constituida en 2012 con arreglo a la legislación de los Países Bajos, presenta una demanda ante el Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo contra el Reino de España por estimar contrarias al TCE las medidas regulatorias de 2013, especialmente el RDL 2/2013 y el RDL 9/2013.

¹⁸⁴ Laudo *Charanne*, párrafo 546.

2.1. Cuestiones procesales

El Reino de España, al igual que en el caso *Charanne*, para articular su defensa comienza planteando la falta de jurisdicción del tribunal arbitral.

En el procedimiento arbitral objeto de análisis alega 6 objeciones jurisdiccionales, algunas de las cuales coinciden con las planteadas en el caso *Charanne*.

El demandado comienza sosteniendo que el TCE no se aplica a las controversias intra-UE, continua alegando que el demandante no es un inversor del artículo 1.7) por no existir diversidad de nacionalidades entre demandante y demandado, en tercer lugar entiende que *Isolux* no ha realizado una inversión de las protegidas por el TCE, posteriormente alega la existencia de “*fórum shopping*” que justificaría la denegación de jurisdicción del tribunal, como alegación subsidiaria a las anteriores, considera que en virtud del artículo 17 TCE se tendría que denegar al demandante la aplicación de la parte III del Tratado, por último, entiende que el tribunal no puede conocer de una supuesta vulneración de los artículo 10 y 13 TCE mediante la introducción del IVPEE en 2012, por quedar las medidas impositivas fuera del ámbito del Tratado entre otros motivos.

En este caso, el tribunal arbitral acaba rechazando las objeciones jurisdiccionales planteadas, salvo la relativa a la falta de jurisdicción “*ratione materiae*” en relación con el IVPEE y su posible vulneración del artículo 10 TCE:

2.1.1. Controversia intra-UE a la que sería aplicable el derecho de la UE.

En este laudo, el Reino de España, vuelve a incidir en la idea de que el mecanismo arbitral previsto en el artículo 26 TCE no se aplica a las controversias intra-UE en base a los mismos argumentos alegados en *Charanne c. Reino de España*: pertenencia a una misma ORIE, conflicto con el Derecho de la UE y existencia de cláusula de desconexión implícita.

El tribunal arbitral resuelve esta objeción planteada utilizando un razonamiento prácticamente idéntico al utilizado en el caso *Charanne c. Reino de España*. Entiende que el hecho de que ambas partes procesales pertenezcan a la UE no impide la aplicación del TCE, ya que los EM por separado también son partes contratantes. Asimismo, considera que no existe contradicción entre el TCE y el derecho de la UE en lo que a mecanismo de

resolución de conflictos se refiere ni tampoco ha quedado probado la existencia de una cláusula de desconexión implícita derivada de una interpretación del Tratado.¹⁸⁵

La particularidad del caso *Isolux* frente al de *Charanne* es la invitación que hace la Comisión Europea, que interviene en el proceso en calidad de *amicus curiae*, a suspender el arbitraje, en base a que en el seno de la Unión Europea estaba pendiente un procedimiento de análisis del régimen de incentivos nacionales y las enmiendas al mismo por su posible consideración como ayudas de Estado y cuya resolución podría afectar a la decisión del tribunal Arbitral¹⁸⁶

Cabe destacar en este punto, que la Comisión Europea no es parte procesal de procedimiento arbitral y que tanto el demandante, que solicita que esta invitación de la CE sea obviada, como el demandado, no solicitaron la suspensión de procedimiento. Es por ello, que el tribunal no puede pronunciarse sobre si procede la suspensión o no¹⁸⁷.

2.1.2. Las partes demandantes no son “inversores extranjeros” del TCE.

El segundo argumento alegado por el demandado, parte de la consideración de que se debe entrar a analizar la nacionalidad real de la persona jurídica. En este caso concreto, el Reino de España entiende que puesto que detrás de la persona jurídica demandante están dos sociedades una española y otra canadiense no sería aplicable el TCE. Con respecto a la sociedad española porque no se daría la diversidad de territorio exigida por el artículo 26.1) TCE y en lo que respecta a la sociedad canadiense, al no ser Canadá parte contratante del TCE, los inversores canadienses no estarían protegidos por las disposiciones del citado tratado.

Nuestro País, incorpora en este procedimiento, además de las alegaciones vistas en el caso *Charanne*, la alegación de que la demandante desde el punto de vista económico no puede ser considerada “empresa holandesa” o una “organización holandesa” por faltar medios económicos y humanos en los Países Bajos¹⁸⁸.

El tribunal arbitral vuelve a rechazar los argumentos esgrimidos por el Reino de España, sosteniendo que es irrelevante de cara a interpretar el concepto de “inversor” del artículo 1.7) TCE que la demandante sea o no una empresa desde el punto de vista

¹⁸⁵ Laudo *Isolux*, párrafos 630-660.

¹⁸⁶ *Idem*, párrafo 626.

¹⁸⁷ *Idem*, párrafo 660.

¹⁸⁸ *Idem*, párrafo 666.

económico, ya que por un lado aceptar esta tesis nos llevaría a excluir a las personas físicas del ámbito del TCE y, por otro lado, el criterio escogido por el TCE es meramente jurídico y no cabe añadir requisitos no impuestos al mismo¹⁸⁹.

2.1.3. *Isolux* no ha realizado una “inversión” del TCE.

En lo que a esta objeción jurisdiccional se refiere, en primer lugar, el Reino de España sostiene que *Isolux* no ha realizado una inversión en sentido objetivo u ordinario del concepto, dado que, a pesar de tener una elevada participación accionarial en el capital de una sociedad mercantil, que ejerce su actividad económica en el sector de las energías renovables, y de la cual obtiene rendimientos, no ha aportado recursos económicos ni ha asumido riesgo alguno vinculado a los activos objetos de este procedimiento¹⁹⁰.

Para poder entender la argumentación de la parte demandada, conviene aclarar que la Sociedad *Isolux*, es fruto de un Acuerdo de inversión suscrito entre una empresa española y una entidad canadiense, en virtud del cual, la primera se compromete a aportar determinados activos a la sociedad y la segunda a aportar el efectivo equivalente al valor de esos activos, propugnando el Reino de España que únicamente esta última actuación puede ser considerada como inversión.

Por el contrario, el demandante entiende que la definición ofrecida por el artículo 1.7) TCE es autosuficiente, por lo que no cabría añadir exigencias adicionales no previstas en el propio texto del Tratado¹⁹¹.

En lo que respecta a los rendimientos indirectos obtenidos por INN, el demandado sostiene que no pueden ser calificados como inversión porque el concepto de posesión indirecta se refiere al último poseedor de la cadena societaria¹⁹².

El tribunal arbitral adopta la postura ya comentada al analizar el concepto de inversión en el apartado III del trabajo, en virtud de la cual se entiende que el artículo 1.6) TCE enumera ejemplos de inversión, pero no la define, por lo que se hace necesaria una definición adicional al concepto de inversión.

Continúa su razonamiento citando el caso *Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos*¹⁹³ que proporciona una definición objetiva de la noción de

¹⁸⁹ Laudo *Isolux*, párrafos 661-674.

¹⁹⁰ *Idem*, párrafo 676.

¹⁹¹ *Idem*, párrafo 630.

¹⁹² *Idem*, párrafos 678.

¹⁹³ Laudo *Salini c. Marruecos* ya citado.

inversión, la cual teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia arbitral, consistiría en:(1) una contribución, (2) la percepción de rendimientos y (3) la asunción de riesgos¹⁹⁴. Considera que esta definición es aplicable al procedimiento, a pesar de provenir de otra institución arbitral, dado que responde a los preceptos de interpretación previstos en el artículo 31(1) de la Convenio de Viena, también comentada con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal entra a analizar el caso concreto y concluye que sí que existe una inversión en sentido objetivo por parte de IIN, ya que no es necesario para considerar que existe una inversión en sentido objetivo, que cada vez que se trasmita la posesión o el control de las mismas se den los requisitos en la persona que adquiere la inversión que tal definición exige¹⁹⁵, Es decir, el tribunal no exige que se den los requisitos objetivos de las definición de inversión cuando un sujeto adquiere una inversión ya existente. De acuerdo con el propio artículo 1.8) TCE se entiende por “realizar una inversión”, entre otras cosas, “el adquirir en todo o en parte, inversiones ya existentes”. En concreto el tribunal aclara que no es necesario que esa adquisición lleve aparejada una contraprestación o contribución, a pesar de entender que en el caso *Isolux* sí que existió tal contraprestación¹⁹⁶.

En lo que se refiere a la cuestión de si los rendimientos indirectamente obtenidos por INN pueden ser considerados inversión, el tribunal rechaza la interpretación del Reino de España ya mencionada, porque de admitir esa tesis, estaríamos denegando la protección del TCE a las personas jurídicas dado que los últimos poseedores de la cadena siempre van a ser accionistas personas físicas. Es más, el propio artículo 1.6) TCE reconoce en plano de igualdad la protección tanto de las personas físicas como de las jurídicas¹⁹⁷.

2.1.4.Existencia de abuso en el proceso

Según el Reino de España, la demandante fue constituida en los Países Bajos con el propósito de poder acogerse al TCE, al comprobar que los Tribunales Ordinarios no estaban dando la razón a los inversores del sector, por tanto, se trataría de un caso de “*forum shopping*” prohibido que justificaría que la jurisdicción fuera denegada¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Laudo *Isolux*, párrafo 685.

¹⁹⁵ *Idem*, párrafos 690.

¹⁹⁶ *Idem*, párrafos 690-691.

¹⁹⁷ *Idem*, párrafos 692.

¹⁹⁸ *Idem*, Párrafo 694.

El tribunal arbitral coincide con el Reino de España en la consideración de que la existencia de abuso en el proceso llevaría a una denegación de jurisdicción, no obstante, añade que, en el derecho internacional, para apreciar el “*forum shopping*” hay que estar a las circunstancias concretas de cada caso¹⁹⁹.

En lo que a la inversión realizada por los demandantes de refiere, haciendo el tribunal un análisis de las fechas en las que esta misma fue realizada y del contexto regulatorio de ese momento, concluye que sí que podía haber existido preocupación entre los inversores por los recortes que se avecinaban en materia de EFER, motivando la inversión a través de una estructura holandesa, sin embargo, el conflicto aún no había nacido al promulgarse las medidas objeto del laudo con posterioridad a la inversión, por lo que en todo caso, la actuación de los demandantes podría ser calificada como “*legitimate corporate planning*”, es decir, planificación empresarial legítima²⁰⁰.

Por todo lo anterior, el tribunal arbitral rechaza la objeción jurisdiccional comentada.

2.1.5. Denegación de beneficios en virtud del art 17. 1) TCE

Como objeción subsidiaria, en caso de no prosperar las comentadas con anterioridad, el Reino de España plantea la falta de jurisdicción del tribunal arbitral por falta de consentimiento del Estado al mismo (*Ratione voluntatis*) en base a que se dan las circunstancias de denegación de los beneficios establecidas en artículo 17 TCE.

El mencionado artículo establece que cada parte contratante se reserva el derecho a denegar los beneficios de establecidos para los inversores en los artículos 10 a 17 sobre promoción y protección de las inversiones a “cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando éste no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la parte contratante en la que esté establecida²⁰¹.”

En base a ello y al entender el Reino de España que se dan las circunstancias mencionadas, dado que la demandante es una sociedad “*holding*” controlada por otra sociedad canadiense, la Parte del TCE sobre promoción y protección de inversiones no

¹⁹⁹ Laudo *Isolux*, párrafo 698.

²⁰⁰ *Idem*, párrafos 699-703.

²⁰¹ Art. 17 TCE.

sería aplicable a los demandantes, no existiendo, por tanto, una obligación derivada de la Parte III.

En consecuencia, no puede existir vulneración de dichas obligaciones lo que conlleva a entender que las partes no han dado su consentimiento al arbitraje al amparo del artículo 26 (1) TCE, puesto que los mecanismos de resolución de controversias previstos en el mismo son para “supuestos de incumplimiento por una parte contratante de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión del inversor extranjero en el territorio de la primera²⁰².”

Para poder pronunciarse al respecto, el tribunal arbitral con carácter previo, examina dos cuestiones. En primer lugar, analiza la naturaleza de la objeción, llegando a la conclusión de que se trata de una cuestión de no admisibilidad no de una excepción de jurisdicción, por lo que debería ser examinada al principio del análisis de las cuestiones de fondo²⁰³.

Para llegar a esa conclusión, parte del hecho de que el artículo 26 TCE sobre solución de controversias no se encuentra en la Parte III del Tratado, y en base al mismo, tendría jurisdicción para pronunciarse sobre el ejercicio y efectos de la denegación de beneficios del artículo 17 TCE, un razonamiento contrario privaría al inversor de un foro donde discutir la denegación de beneficios²⁰⁴.

Por tanto, a pesar de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la no admisibilidad en el propio apartado de objeciones procesales en base al principio de economía procesal, en este estudio se comentará al analizar las cuestiones de fondo.

2.1.6. Falta de jurisdicción “*ratione materiae*” del tribunal para conocer de una vulneración del art 10 mediante la creación del IVPEE y su excepción en relación al art. 13 TCE.

En el procedimiento arbitral, el Reino de España alega dos objeciones jurisdiccionales diferenciadas, distinguiendo entre en la falta de jurisdicción para conocer la vulneración del artículo 10 TCE por un lado y del artículo 13 TCE por otro, ambas referidas a la creación del IVPEE.

²⁰² Laudo *Isolux*, párrafos 235-240.

²⁰³ *Idem*, párrafos 708-710.

²⁰⁴ *Idem*, párrafo 712.

Con el objetivo de simplificar el análisis se comentarán ambas objeciones en un mismo apartado.

En lo que respecta a falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de la controversia sobre la supuesta vulneración del artículo 10.1) TCE mediante la introducción del citado impuesto, el demandante sostiene que sería de aplicación la cláusula “*Carve out*” establecida en el artículo 21 TCE²⁰⁵ mediante la cual se excluye del ámbito material del Tratado y su consiguiente protección, a las medidas impositivas de los Estados.

El demandante por su lado, aunque no cuestione la naturaleza impositiva del IVPEE, invoca la jurisprudencia arbitral que sostiene que para que opere esta cláusula de exclusión es necesario que la medida en cuestión, haya sido promulgado de buena fe, es decir, si verdaderamente su finalidad es impositiva²⁰⁶.

El tribunal está de acuerdo con el demandante en que para que opere la exclusión recogida en el artículo 21.1) TCE es necesario que exista buena fe por parte del Estado, sin embargo, acaba concluyendo que la finalidad del IVPEE, con independencia de que sea medioambiental o recaudatoria como discuten los demandantes²⁰⁷, es impositiva, por lo que no pueden entrar a conocer de la supuesta vulneración del TCE mediante la citada medida.

Conviene resaltar, que la discusión sobre la naturaleza del IVPEE y su posible inconstitucionalidad está siendo objeto de debate ante los tribunales ordinarios tal y como se ha comentado en la parte segunda de este trabajo.

La segunda objeción jurisdiccional invocada por el Reino de España, se fundamenta en la falta de sometimiento a las autoridades fiscales nacionales como requisito obligatorio para alegar la vulneración del artículo 13 TCE mediante la creación del IVPEE²⁰⁸.

Al respecto cabe hacer mención de la cláusula “*Claw Back*” establecida en el artículo 21.5) TCE, mediante la cual se establece una excepción a la cláusula “*Carve out*”

²⁰⁵ Art. 21.1) TCE “*A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes.*”

²⁰⁶ Laudo *Isolux*, párrafos 722-725.

²⁰⁷ *Idem*, párrafo 735-738.

²⁰⁸ *Idem*, párrafo 742.

que acabamos de ver, pudiendo en virtud de la misma el tribunal entrar a conocer el carácter expropiatorio de un impuesto.

Para que opere esta cláusula “*Claw back*”, se establece como requisito obligatorio el sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes, no obstante, tal y como señala el tribunal arbitral, la ausencia de tal trámite no es sancionado con la inadmisibilidad de la demanda, pudiéndose dar audiencia durante el procedimiento a las ya mencionadas autoridades competentes²⁰⁹.

A la vista de las circunstancias concretas del caso, queda probado que sí que se cumplió con el requisito antes de interponer la demanda²¹⁰, por lo que el tribunal arbitral rechaza esta segunda objeción jurisdiccional.

2.2. Cuestiones de fondo

En este apartado se analizarán las tres cuestiones de fondo en las que INN fundamenta su demanda. De nuevo el tribunal arbitral rechazará las pretensiones de los demandantes, dando la razón al Reino de España.

2.2.1. No admisibilidad de la demanda en base al artículo 17 TCE.

En este punto cabe analizar la causa de no admisibilidad ya comentada, que erróneamente el Reino de España presentó como objeción jurisdiccional. Al respecto, el tribunal arbitral se pronuncia sobre si la misma opera retroactivamente o no, es decir, si es necesario que sea notificada la denegación antes del inicio de la controversia o no. Concluye el tribunal, tal y cómo mantiene la jurisprudencia arbitral, sosteniendo que el artículo 17 TCE no puede nunca operar retroactivamente y al no haber España activado la cláusula de denegación con anterioridad al inicio de la controversia se rechaza la cuestión de no admisibilidad²¹¹.

No debemos de olvidarnos que el TCE establece un “*cooling-off period*” de tres meses para llegar a una solución amigable, durante el cual podría España haber activado la cláusula.

2.2.2. Vulneración del artículo 10 TCE

La demandante alega en este procedimiento la vulneración de todas y cada una de las obligaciones que establecen el artículo 10 del TCE, considerando que las mismas son:

²⁰⁹ Laudo *Isolux*, párrafos 757-759.

²¹⁰ *Idem*, párrafos 747-754.

²¹¹ *Idem*, párrafos 715-716.

(1) crear condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en el territorio del estado receptor; (2) conceder en todo momento a las inversiones un trato justo y equitativo; (3) asegurar una protección y seguridad completas a la inversión; (4) no perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones en España; y (5) cumplir con las obligaciones que haya contraído el estado receptor o su inversión en España²¹².

El tribunal en primer lugar, rechaza analizar de modo separado la obligación número (1) por entender que no es una obligación autónoma, sino que, tal y como sostuvo el tribunal del caso *Plama*²¹³, se encuentra contenida en la obligación de trato justo y equitativo²¹⁴.

Asimismo, se niega a examinar de modo separado la obligación (5), que recoge una cláusula paraguas. Al respecto entiende que no puede ser interpretada de manera amplia la citada cláusula, tal y cómo intenta argumentar el demandante, porque la misma únicamente hace referencia a las obligaciones contractuales contraídas entre las partes, no pudiendo considerarse que el RD 661/2007 y RD 1578/2008 contenían compromisos específicos con los inversores extranjeros, al ser de carácter general e ir dirigida tanto a los inversores extranjeros como a los nacionales²¹⁵.

Conviene subrayar, que en este laudo el tribunal arbitral está reconociendo que en ocasiones las leyes o actos administrativos puedan contener específicamente compromisos con los inversores extranjeros, cuando estén específicamente dirigidos a los mismos

Por lo que se refiere a la vulneración del resto de obligaciones alegadas, pasaré a comentarlas por separado, tal y cómo lo hace el tribunal arbitral.

Respecto a la pretendida violación de la obligación de proporcionar trato justo y equitativo a consecuencia de la inestabilidad del marco regulatorio y los drásticos cambios introducidos que finalizaron con una supresión del régimen, el tribunal arbitral se pronuncia de una manera muy similar al caso *Charanne*.

²¹² Laudo *Isolux*, párrafo 761.

²¹³ Laudo *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria* ya citado.

²¹⁴ Laudo *Isolux*, párrafo 765.

²¹⁵ *Idem*, párrafos 767-772.

De nuevo, hace depender la violación del estándar alegado de la existencia de expectativas legítimas objetivas en el inversor. Para analizar si en el caso concreto la actuación del demandado pudo generar expectativas en el inversor, analiza la propia conducta del demandante y la información con la que contaba el mismo a la hora de hacer la inversión, tomando como fecha relevante el día hasta el cual INN pudo tomar la decisión de no invertir sin incidir en coste alguno²¹⁶.

Recuerda el tribunal que no es necesario que el inversor haga un análisis exhaustivo del entorno jurídico y económico de la inversión, sin embargo, no se puede obviar que la inversión objeto del presente arbitraje es del 2012, año en ya se habían dictado los RDL de 2010 que modificaban a la baja el régimen retributivo y año en el que ya se había puesto de manifiesto por las autoridades que se avecinaban más cambios en el régimen, por lo que como mucho se podría haber generado en el inversor una expectativa legítima de rentabilidad razonable de la inversión a lo largo de su vida, no de que el régimen no iba a ser modificado²¹⁷.

Asimismo, el demandante objeta que ningún inversor razonable podía prever que se fuera a suprimir el régimen especial, ni a establecer una rentabilidad máxima de la inversión ni mucho menos que las modificaciones se ibas a aplicar con efecto retroactivo²¹⁸.

Al respecto, el tribunal considera que el demandante conocía perfectamente que se iban a introducir modificaciones y además que los tribunales españoles avalaban la legalidad de las mismas, al haber sido una sociedad vinculada a INN parte de un procedimiento ante el Tribunal Supremo en el que se cuestionaban las normas objeto del presente litigio²¹⁹.

En lo que toca al techo impuesto por el RDL 9/2013 a la rentabilidad razonable, los demandantes no pueden alegar que el establecimiento del citado techo vulneraba sus legítimas expectativas, dado que dicho límite máximo era superior a la rentabilidad que venía percibiendo INN²²⁰.

²¹⁶ Laudo *Isolux*, párrafos 781-784.

²¹⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables...", pág 673.

²¹⁸ Laudo *Isolux*, párrafo 800.

²¹⁹ *Idem*, párrafos 789-804.

²²⁰ *Idem*, párrafo 805-811.

Por último, el tribunal arbitral considera, al igual que lo hizo en el caso *Charanne* aunque en relación a otros RDLs, que las medidas no tienen carácter retroactivo, sino que son de aplicación inmediata, al no tener los inversores que devolver los rendimientos obtenidos hasta la entrada en vigor de los actos jurídicos impugnados, por lo que no se han revocado los derechos adquiridos por los demandantes con su inversión²²¹.

Por todo lo anterior, el tribunal considera que el Reino de España no ha violado el trato justo y equitativo.

INN también alega la vulneración por parte del demandado de la obligación de asegurar una protección y seguridad completa a la inversión, dentro del cual considera que se encuentra la obligación de proporcionar un marco jurídico estable para la inversión²²².

La respuesta que obtiene del tribunal es negativa, dado que el fin de la citada obligación es garantizar al inversor frente a los posibles actos que puedan causar daños llevados a cabo por terceros o por agentes del propio Estado²²³ no protegiéndolo, por tanto, del derecho a regular del Estado, si éste actúa de una manera razonable y conforme al interés general²²⁴.

Por último, el demandante entiende que las medidas adoptadas por España han sido exorbitantes y discriminatorias perjudicando la gestión, mantenimiento y disfrute de la inversión.

El tribunal considera que, para que se pueda considerar que se ha vulnerado este estándar, es necesario que efectivamente esas medidas calificadas como “exorbitantes y discriminatorias” hayan afectado negativamente a la rentabilidad de la inversión, lo cual no es el caso²²⁵. Además, el órgano arbitral sostiene que las medidas no fueron exorbitantes, al ser fruto de una política racional del Reino de España dirigida a proteger al consumidor²²⁶.

El tribunal, por tanto, entiende que no se han violado ninguna de las obligaciones establecidas en el artículo 10 TCE:

²²¹ Laudo *Isolux* párrafos 813-814.

²²² *Idem*, párrafo 215.

²²³ *Idem*, párrafo 817.

²²⁴ Laudo *AES Summit v. Hungary* ya citado.

²²⁵ Laudo *Isolux*, párrafos 820-821.

²²⁶ *Idem*, párrafo 823.

2.2.3. Vulneración del artículo 13 TCE

En relación con el artículo 13 TCE, la demandante alegaba que se había violado el mismo, al entender que las medidas regulatorias objeto de análisis, el RDL 2/2013, el RDL 9/2013 y la Ley 15/2012 que establece el IVPEE, habían tenido como efecto una privación sustancial de la inversión. Para sustentar su postura, utilizó argumentos muy similares a los invocados por la parte actora del caso *Charanne* visto con anterioridad.

El tribunal arbitral, tras establecer que el objeto de protección son las acciones y no los rendimientos futuros y que la protección concedida al inversor se extiende tanto a la propiedad de las acciones como al valor de las mismas, al igual que lo hizo el tribunal del caso *Charanne*, pasa a analizar si el impacto de las medidas regulatorias objeto del presente laudo, supusieron una disminución tal en el valor de la inversión que podrían considerarse expropiación indirecta²²⁷.

Tras analizar las circunstancias concretas del caso, valorar la prueba practicada y constatar que la rentabilidad actual de las inversiones era superior a la que gozaban las instalaciones fotovoltaicas en el momento de realizar la inversión, el tribunal arbitral concluye que no existía expropiación indirecta.

2.3. *Decisión del tribunal arbitral*

El tribunal arbitral, tras rechazar todas las objeciones jurisdiccionales presentadas por el Reino de España, salvo la relativa al IVPEE, rechazó asimismo las alegaciones de la demandante, ya que consideró tal y como hemos expuesto con anterioridad, que nuestro país no había vulnerado las obligaciones previstas en el TCE con el bloque de reformas de 2013.

En resumen, el tribunal consideró que España, mediante las reformas introducidas en 2013, no había vulnerado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la demandante recogida en el artículo 10 TCE. Entendió que las citadas medidas introducidas por nuestro país no vulneraban las legítimas expectativas de *INN*, (1) al llevar a cabo la demandante la inversión en 2012, siendo en ese año previsible que se introdujeran cambios en la normativa; y (2) al no poder ser consideradas las medidas del 2013 ni desproporcionadas ni irrazonables ya que buscaban proteger al consumidor.

²²⁷Laudo *Isolux*, párrafos 835-852.

Por otro lado, tampoco consideró que España hubiera violado la obligación de no expropiación establecida en el artículo 13 del TCE al no tener las medidas adoptadas en 2013 un efecto sobre la inversión de *INN* equivalente a una privación de propiedad.

3. *Eiser Infrastructure c. España*

En el presente caso, *Eiser Infrastructure Limited*, sociedad inglesa, y *Energía Solar Luxembourg S.à.r.l*, sociedad luxemburguesa, demandan al Reino de España ante el CIADI por considerar que este ha vulnerado los derechos reconocidos en el TCE y el Convenio CIADI al modificar el régimen normativo y económico de los proyectos de energía renovables.

Cabe aclarar, en primer lugar, que la sociedad *Eiser* ostenta la titularidad directa de la totalidad de la segunda demandante, *Energía Solar*, que a su vez es titular de participaciones accionariales e intereses de deuda en dos compañías españolas dedicadas al sector de las energías renovables acogidas al régimen especial establecido por el RD 661/2007²²⁸.

Así mismo, conviene recordar que en este caso habría que aplicar, además del TCE, la normativa procesal propia y sustantiva del CIADI —al ser todas las partes signatarias del Convenio de Washington—, lo cual tendrá sus consecuencias en la resolución del litigio.

3.1. Cuestiones procesales

3.1.1. Excepción ad-intra UE.

De nuevo el Reino de España alega en este pleito que, al pertenecer ambas partes litigantes a la Unión Europea, no se darían los requisitos de diversidad de nacionalidad establecidos en el TCE. Fundamenta esta alegación —tal y como hemos visto en los otros dos laudos— en una interpretación del concepto de “territorio” que abarcaría al conjunto de territorios de los EM, así como en la existencia de una cláusula de desconexión implícita en virtud de la prohibición del derecho de la UE (art. 344 del TFUE) de someter las controversias *ad-intra* a órganos que no sean comunitarios.

Por lo que respecta a la interpretación que el demandado hace del TCE para justificar la existencia de una cláusula de desconexión implícita, el Reino de España añade

²²⁸ Laudo *Eiser*, párrafos 114-134.

a los argumentos ya esgrimidos en los otros laudos que los países a los que pertenecen las partes ya eran miembros de la Comunidades Europeas (CEE) cuando se firmó el Tratado y, como con la firma de TCE se pretendía “sentar las bases para extender el mercado interior de la energía europeo existente en las CEE a las ex repúblicas Socialistas Soviéticas”, resultaría de alguna manera contradictorio, estando el mercado europeo armonizado internamente, que los Estados de la CEE contrajeran entre sí obligaciones jurídicas internacionales diferentes de las que proporciona la propia UE a la que pertenecen²²⁹.

Asimismo, el demandado argumenta que, dado que el ordenamiento de la UE ofrece a los inversores de los EM una protección superior basada en el principio de no discriminación, no resultarían de aplicación las disposiciones de arreglo de diferencias inversor-estado contempladas en el TCE, sino que el procedimiento adecuado para abordar controversias pasaría por acudir a los tribunales europeos²³⁰.

El Reino de España concluye la argumentación de esta objeción jurisdiccional diciendo implícitamente que cualquier indemnización monetaria otorgada por el tribunal a favor de los inversores sería contraria al Derecho Europeo²³¹.

Es interesante destacar que, hasta este laudo, el demandado no había utilizado esta argumentación. Sin embargo, tal y como hemos visto, esta idea había sido con anterioridad planteada, tanto por el tribunal arbitral al cual se sometió el caso *Charanne* como por la Comisión Europea en el caso *Isolux*.

El tribunal, al igual que en los laudos anteriores y utilizando un razonamiento muy parecido, rechaza uno por uno los argumentos del Reino de España relacionados con la objeción jurisdiccional analizada en este punto. El órgano decisor concluye que, por lo que respecta a la existencia de una cláusula implícita, los argumentos del demandado no justifican que se ignore el sentido corriente del TCE para excluir un conjunto potencialmente significativo de reclamaciones. Para argumentar su postura invoca la regla fundamental del derecho internacional que sostiene que los tratados tienen que ser interpretados de buena fe²³², entendiendo que los redactores de los tratados llevan a cabo

²²⁹ Laudo *Eiser*, párrafo 200.

²³⁰ *Idem*, párrafos 163-165.

²³¹ *Idem*, párrafo 173.

²³² Art. 31 de la Convenio de Viena.

su función de *buna fe* y que no establecen “trampas para los incautos con significados ocultos y exclusiones implícitas de amplio alcance²³³”.

Para responder a la alegación de España que se refiere a que la UE proporciona una protección más favorable a los inversores que la establecida por el TCE, el tribunal recuerda que el artículo 16 (2) del propio TCE deja claro que, si bien se pueden aplicar las disposiciones más favorables que establezca la UE para los inversores, de ninguna manera cabe menoscabar los derechos o las protecciones del TCE que, en otros aspectos, resulten más favorables para los inversores que los que ofrece derecho de la UE, como son los mecanismos de resolución de controversias previstos en el artículo 26 TCE²³⁴.

Recuerda igualmente el tribunal una vez más que el artículo 344 del TFUE se aplica a las controversias surgidas entre estados, y por tanto no existe contradicción entre este artículo y el artículo 26 TCE.

3.1.2. Falta de jurisdicción “*ratione materiae*” al no haber realizado los demandantes una “inversión” amparada por el TCE.

El Reino de España intenta fundamentar, de nuevo, la falta de jurisdicción del tribunal “*ratione materiae*”, al considerar que los demandantes no han realizado una “inversión” conforme al TCE.

En este caso es curioso, en primer lugar, el modo en el que intenta demostrar que los demandantes no se han identificado de manera satisfactoria, sosteniendo que “todavía no sabemos quién es el inversor o inversores que están demandando al Reino de España²³⁵.”

Al igual que anteriormente, el demandado sostiene que el artículo 1.6) del TCE exige que los demandantes demuestren que han realizado una inversión en sentido “objetivo u ordinario”. En lugar de acudir a los argumentos utilizados en los otros laudos, el Reino de España sostiene que la definición de inversión “objetiva u ordinaria” se encuentra de manera implícita en el TCE. Para ello se basa, en primer lugar, en que el término “inversión” aparece a lo largo del tratado unas veces con comillas y otras sin ellas, lo que lleva a pensar que el término tiene un significado más amplio, no limitándose a la lista de tipos de inversiones recogidas en el artículo 1.6) TCE. En segundo lugar,

²³³ Laudo *Eiser*, párrafo 186.

²³⁴ *Idem*, párrafo 202.

²³⁵ *Idem*, párrafo 209.

invoca que la finalidad del TCE es la cooperación a largo plazo y la promoción del flujo de inversiones, deduciendo que ello implica una “contribución económica con un propósito de retorno y la asunción de riesgos asociados a esa contribución y duración²³⁶.”

Para apoyar esta teoría, dado que nos encontramos en un arbitraje del CIADI, el Reino de España entiende que, en virtud del artículo 25 del Convenio de CIADI, es necesario que los demandantes que se someten a esta institución arbitral prueben que se dan los requisitos mencionados para considerar que el inversor ha realizado una inversión²³⁷.

En cuanto a la primera cuestión alegada, el tribunal considera que los demandantes están perfectamente identificados. Por lo que respecta a la segunda cuestión, el tribunal establece que “aun suponiendo que el TCE y el Convenio de CIADI exigiesen que fuera aplicable el concepto objetivo de inversión”, las características de las inversiones de los demandantes cumplirían los requisitos que se derivan de ese concepto de inversión²³⁸.

En mi opinión esta postura del tribunal arbitral resulta cuestionable, porque, a diferencia de los otros laudos, no se pronuncia sobre si el concepto de “inversión” en cuestión se puede entender implícito en el TCE o, por el contrario, es necesario acudir a la definición adicional que establece el Convenio de CIADI, y respecto a este último punto si verdaderamente se pueden añadir requisitos adicionales no contenidos en el TCE.

3.1.3. Los accionistas minoritarios carecen de legitimación procesal para reclamar daños y perjuicios.

La tercera excepción argumentada por el demandado es que el tribunal carece de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las demandantes por los supuestos daños directamente sufridos por las compañías en las que tienen una participación minoritaria.

El demandado, si bien entiende que los demandantes, al ser accionistas, pueden en virtud del TCE presentar una reclamación por la reducción del valor de sus acciones, considera que no pueden alegar una vulneración del TCE atendiendo a los supuestos daños sufridos directamente por las sociedades en las que han invertido²³⁹.

²³⁶ Laudo *Eiser*, párrafo 210.

²³⁷ *Idem*, párrafo 212.

²³⁸ *Idem*, párrafo 228.

²³⁹ Laudo *Eiser*, párrafo 234.

Al respecto, el Reino de España indicaba en su contestación a la demanda que estaba dispuesto a retirar la objeción jurisdiccional objeto de análisis si los demandantes limitaban sus reclamaciones exclusivamente a pérdidas sufridas por su participación indirecta en las acciones y en los créditos de los socios de las sociedades españolas²⁴⁰.

El tribunal entiende que los informes presentados por los demandantes donde explican cómo se ha calculado la reducción de valor fundamentan la violación del TCE en base a la pérdida de valor de sus acciones y de los créditos que ostentan, por lo que debe rechazar la objeción jurisdiccional²⁴¹.

3.1.4. Falta de jurisdicción “*ratione materiae*” del tribunal para conocer de una vulneración del art. 10 mediante la creación del IVPEE y su excepción en relación al art. 13 TCE.

Tal y como se ha analizado en el caso *Isolux*, España alega, por un lado, que los demandantes no pueden invocar la vulneración del artículo 10 del TCE por la creación del IPVEE, dado que el artículo 21.1) del TCE excluye del ámbito de protección de las inversiones a las medidas impositivas de los Estados. Por otro lado, entiende que no se han dado los requisitos formales necesarios para poder alegar una vulneración del artículo 13 del TCE mediante el citado impuesto.

El tribunal, utilizando argumentos similares a los analizados en el caso *Isolux* —en los que se tenía en cuenta el concepto de “medida impositiva” y la existencia de buena fe por parte del Estado—, da la razón a España y se declara incompetente para conocer de esta reclamación.

Sobre el incumplimiento formal de la notificación previa a las “autoridades competentes” (establecida en el artículo 21.5) con relación al artículo 13 del TCE) como presupuesto para alegar que una medida impositiva es expropiatoria, la autoridad arbitral analiza una serie de cuestiones no abordados en el caso *Isolux*.

En primer lugar, analiza el término “autoridad competente” por ver si la notificación de los demandantes fue dirigida a la misma.

La definición de “autoridad competente” viene recogida en el artículo 21.7) (c) del TCE. En virtud de la misma, la autoridad competente será “la prevista en el acuerdo de

²⁴⁰ *Idem*, párrafo 236.

²⁴¹ *Idem*, párrafos 245-249.

doble imposición en vigor entre las Partes Contratantes”. Habría que analizar, por tanto, los acuerdos bilaterales entre España y Luxemburgo y entre España y el Reino Unido para poder identificar a la citada autoridad. Tras el análisis de los acuerdos bilaterales se llega a la conclusión de que en España la autoridad fiscal competente es el Ministro de Hacienda.

Se plantea en este punto una duda respecto a si cabe entender que el citado artículo hace referencia a la autoridad competente del Estado del inversor o del Estado receptor de la inversión²⁴².

Por otro lado —aunque relacionado con lo anterior—, dado que existen dos demandantes de dos Estados diferentes, el tribunal se pregunta si es necesario que ambos dirijan la notificación a su autoridad competente o si, por el contrario, este requisito se vería cumplido con la notificación únicamente a la autoridad competente de una de las partes. Y en todo caso, del mismo modo que en el párrafo anterior, ¿a qué autoridad hay que dirigir la notificación, a la competente del Reino Unido, de Luxemburgo o de España?²⁴³

El tribunal en este caso entiende que los requisitos del artículo 25.5) (b) pueden ser satisfechos con la comunicación debidamente formulada de una de las demandantes a la Autoridad Fiscal Competente del demandado, es decir, al Ministro de Hacienda de España²⁴⁴.

Por lo que hace al contenido de la notificación, el tribunal arbitral, partiendo de una interpretación “*bona fide*” del artículo 25.5) del TCE, entiende que es necesario que tal comunicación haga referencia a que el inversor considera que el impuesto tiene carácter expropiatorio y a que el destinatario debe, por tanto, iniciar las consultas internacionales previstas en el citado artículo²⁴⁵.

Tras aclarar estas cuestiones, el órgano arbitral pasa a analizar si las comunicaciones que realizaron los demandantes cumplen con los requisitos ya mencionados. En primer lugar, si bien la primera notificación fue dirigida al órgano competente, ésta no había sido correctamente cumplimentada, al no hacer referencia

²⁴² Laudo *Eiser* párrafo 282.

²⁴³ *Idem*, párrafos 282-283.

²⁴⁴ *Idem*, párrafo 284.

²⁴⁵ *Idem*, párrafos 286-287.

alguna al TCE, y consecuentemente tampoco al artículo 25 del mismo²⁴⁶. La segunda notificación, por otra parte, tampoco había sido correctamente realizada, pues se dirigió al Presidente del Gobierno sin probar que éste pudiera ser la autoridad fiscal competente²⁴⁷.

Resulta interesante, en este punto, que el tribunal confirma la excepción jurisdiccional alegada y por ende declara que no puede entrar a conocer del carácter expropiatorio de las medidas impositivas²⁴⁸. No obstante, se desdice en el párrafo siguiente, pues entiende que, aunque no la hayan alegado los demandantes, la falta de notificación previa no es sancionable con la inadmisión de la demanda, pudiéndose dar audiencia durante el procedimiento a las mencionadas autoridades competentes y demorando la duración del procedimiento²⁴⁹. Debemos recordar que esta es la postura que también adoptó el tribunal del caso *Isolux* y que la misma se desprende del tenor literal del artículo 21.5) del TCE.

Por último, el órgano arbitral concluye —con un razonamiento nuevamente un tanto cuestionable según mi criterio— que, dado que el caso puede ser resuelto apropiadamente sobre otras bases, no es necesario que el tribunal incluya en el laudo esta reclamación relativa al carácter expropiatorio del impuesto y, por ende, dé audiencia a las autoridades competentes para cumplir con el trámite previsto en el artículo 21.5) (b) (i) del TCE²⁵⁰.

Considero que este razonamiento es cuestionable ya que el tribunal arbitral debería tener en consideración todas las alegaciones de las partes y no excluir del análisis algunas de ellas por entender que las que sí que va a analizar, por sí mismas, podrían constituir una vulneración del Tratado. Al respecto debemos de recordar que son las partes de la controversia las que ostentan la disponibilidad sobre el objeto del proceso no el tribunal arbitral y que el mismo tiene la obligación de dictar un laudo congruente con las alegaciones planteadas por las partes.

3.1.5. Incumplimiento del periodo de espera “*Cooling off period*”.

La última objeción jurisdiccional que alega el Reino de España es que el tribunal no puede conocer de la supuesta vulneración del TCE por parte de nuestro País, porque

²⁴⁶ Laudo *Eiser*, párrafo 286.

²⁴⁷ *Idem*, párrafo 288.

²⁴⁸ *Idem*, párrafo 296.

²⁴⁹ *Idem*, párrafo 297.

²⁵⁰ *Idem*, párrafo 298.

para acudir al mecanismo del arbitraje es preciso que haya transcurrido el periodo de espera establecido en el artículo 26 del TCE y en este caso el Reino de España considera que los demandantes no han respetado dicho periodo.

Tal y como se ha analizado en la parte de este trabajo referida al TCE, el citado artículo establece que, con carácter previo a acudir a los tribunales ordinarios o al arbitraje, es necesario que durante un periodo de tres meses las partes de la controversia intenten llegar a una solución amistosa.

El Reino de España considera que los demandantes no han satisfecho ese requisito respecto a las medidas que conforman el eje central de su demanda (la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la Orden Ministerial IET/1045/2014), dado que las mismas fueron dictadas con posterioridad a la solicitud de arbitraje de los demandantes, siendo esta solicitud de 9 de diciembre de 2013.

El tribunal no está de acuerdo con el demandado, ya que entiende que las cartas enviadas por los demandantes al Reino de España para buscar una solución amistosa no se refieren a medidas específicas, sino que hacen referencia al hecho de que, mediante una serie de medidas que fueron evolucionando y modificando el régimen económico de las plantas de producción de E-FER, España ha violado sus obligaciones contraídas en el TCE²⁵¹.

Partiendo de esta consideración, el órgano arbitral concluye que las medidas particulares a las cuales va referida la excepción jurisdiccional no constituyen una nueva controversia o controversias, por lo que no sería necesario llevar a cabo una petición adicional de negociaciones respecto a las mismas. Añade que entender lo contrario sería irrazonable, ya que supondría una división de la controversia sobre la evolución normativa en múltiples secciones²⁵².

Analizando las circunstancias concretas del caso, el tribunal se reafirma en la naturaleza irrazonable de la excepción que acabamos de comentar, arguyendo que la única respuesta por parte del Reino de España a las solicitudes enviadas para buscar una solución amistosa fue la petición de subsanación de los escritos por encontrarse redactados en inglés y no en español. Al respecto, tal y como sostiene el órgano arbitral,

²⁵¹ Laudo *Eiser*, párrafos 316-317.

²⁵² *Idem*, párrafo 318.

“no existe nada en el expediente que sugiera que otras solicitudes de negociaciones identificando medidas ulteriores de España habría sido más efectivas para garantizar una solución amigable²⁵³.”

Por todo lo anterior, el tribunal entiende que se ha respetado el periodo de espera y por ende cabe rechazar la última objeción jurisdiccional planteada por el demandado.

3.2. *Cuestiones de Fondo*

Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, el tribunal analiza cuál va a ser el derecho aplicable a la presente controversia. Al desarrollarse el arbitraje objeto de análisis, en el marco del Convenio CIADI, el órgano arbitral debe acudir en primer lugar a las normas de conflicto contenidas en el mismo.

De acuerdo al artículo 42.1) del citado Convenio, el derecho a aplicar al fondo del asunto sería en convenio entre las partes. A falta de acuerdo, se aplicaría la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de conflicto de Derecho Internacional Privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

En el presente caso, dado que el arbitraje se ha iniciado en base al artículo 26 del TCE, en virtud del mismo se establece que el tribunal decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al TCE y a las normas y principios del derecho internacional aplicables²⁵⁴.

Por otro lado, cabe destacar que, de forma tardía, en el curso del procedimiento de aportación de escritos por las partes procesales, el Reino de España introduce un escrito adicional de defensa, en el cual introduce unos argumentos totalmente diferentes a los ya alegados hasta el momento para intentar desmontar toda la demanda.

Esta nueva defensa afirmaba que las sociedades españolas del sector de la energía termoeléctrica de las que eran accionistas los demandantes, no podrían beneficiarse del Régimen Especial instaurado en el RD 661/2007, dado que las instalaciones en las que invirtieron sobrepasaban el máximo de potencia instalada previsto para acogerse al citado Régimen Especial²⁵⁵.

²⁵³ Laudo *Eiser* párrafo 321.

²⁵⁴ *Idem*, párrafos 323-325.

²⁵⁵ *Idem*, párrafos 326-330.

Tras la práctica de la prueba pericial, el tribunal considera que el demandado no ha satisfecho la carga de la prueba respecto a los hechos invocados, por lo que desestima esta alegación²⁵⁶.

En lo que respecta a las cuestiones de fondo propiamente dichas, las demandantes plantean cuatro alegaciones distintas al amparo del TCE: (1) expropiación en violación del artículo 13; (2) denegación de un trato justo y equitativo en violación del artículo 10.1) TCE; (3) deterioro de la inversión mediante medidas exorbitantes, en violación del artículo 10.1); e (4) incumplimiento de las obligaciones contraídas con las inversiones de las demandantes, es decir, invocan la cláusula paraguas, de nuevo recogida en el artículo 10.1)²⁵⁷.

El tribunal, por razones de economía procesal y apoyándose en el caso *Micula c. Rumania*²⁵⁸, decide pronunciarse exclusivamente sobre la violación del trato justo y equitativo, al entender que la decisión sobre esa alegación resuelve por completo la reclamación de los demandantes al no modificar el resultado ni afectar al montante de la indemnización en concepto de daños el pronunciamiento sobre las reclamaciones restantes²⁵⁹.

3.2.1. Vulneración del artículo 10 TCE

En relación a la supuesta vulneración por parte del Reino de España de la garantía de trato justo y equitativo, *Eiser* sostiene en primer lugar que, al amparo del TCE, la garantía mencionada constituye un estándar autónomo, si bien debe interpretarse a la luz del objetivo y fin del TCE, que es garantizar condiciones estables y transparentes para la inversión²⁶⁰.

Es necesario destacar, tal y cómo señalan las demandantes que, esta estabilidad es particularmente necesaria en el sector eléctrico, y en concreto en subsector de la energía

²⁵⁶ Laudo *Eiser*, párrafos 336-351.

²⁵⁷ *Idem*, párrafo 352.

²⁵⁸ *Ioan Micula et al c. República de Rumanía*, caso CIADI núm. ARB/05/20, laudo de 11 de diciembre de 2013, párr. 874, “A la luz de la conclusión del Tribunal de que, al revocar de manera prematura los incentivos del EGO 24 de la manera en que lo hizo, la Demandada violó su obligación de tratar a las inversiones de las Demandantes de manera justa y equitativa, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre las restantes reclamaciones planteadas por las Demandantes. Efectivamente, cada una de esas reclamaciones surge de los mismos hechos que la reclamación de trato justo y equitativo, y las Demandantes reclaman la misma compensación en cada instancia [...] Por consiguiente, aun si el Tribunal se pronunciara en favor de las Demandantes con respecto a esas reclamaciones, esto no repercutiría en el cálculo del Tribunal de la indemnización por daños. En consecuencia, cualquier determinación legal sobre estas cuestiones es innecesaria”

²⁵⁹ Laudo *Eiser*, párrafo 352.

²⁶⁰ *Idem*, párrafo 357.

termoeléctrica, dado que la inversión inicial en este tipo de tecnologías es muy elevada y los plazos de amortización son bastante largos²⁶¹.

Teniendo en cuenta esta consideración, los demandantes entienden que las modificaciones drásticas adoptadas por el demandado, frustraron las expectativas legítimas que tenían los demandantes en la estabilidad del régimen del RD 661/2007 y en las características y ventajas que el citado régimen establecía²⁶².

Por el contrario, el Reino de España considera que las expectativas de los demandantes no eran legítimas y que no se encontraban protegidas por el TCE. Sostiene el demandado, que para considerar que existen legítimas expectativas en el inversor es necesario que estas sean razonables tal y cómo se ha visto en los otros dos laudos analizados en este trabajo. Conviene destacar que, el demandado, entiende que *Eiser* solo tenía derecho a una rentabilidad razonable y no a la inmutabilidad del marco jurídico y le reprocha que si con el nuevo régimen no está obteniendo una rentabilidad razonable es porque no diseñó y financió sus plantas adecuadamente²⁶³.

En primer lugar, el tribunal coincide con los demandantes en que el significado de la obligación de trato justo y equitativo del TCE debe analizarse en el contexto del tratado específico en el que se encuentre establecida, por lo que, en este caso concreto de cara a analizar la vulneración de estándar de protección analizado, se deben de tener en cuenta los objetivos acordados de estabilidad legal y transparencia. De hecho, como ya se ha comentado en este trabajo con anterioridad, “la obligación de crear condiciones estables y equitativas” del artículo 10.1) forma parte del estándar de trato justo y equitativo²⁶⁴.

Para resolver sobre la posible vulneración del citado estándar por parte del Reino de España, el tribunal comienza el análisis, tal y cómo lo hicieron los tribunales de los dos otros casos estudiados, aclarando que este estándar no otorga un derecho de estabilidad regulatoria *per se* y por tanto una expectativa legítima por parte del inversor de la inmutabilidad del marco regulatorio inicial²⁶⁵.

Recuerda que, a falta de compromisos específicos, es decir, a falta de una cláusula de estabilización en el TCE y al no considerar que el RD 661/2007 contenía obligaciones

²⁶¹ ALONSO MAS, M. J., “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado sobre la energía...”, pág. 8.

²⁶² Laudo *Eiser*, párrafo 358.

²⁶³ *Idem*, párrafos 359-361.

²⁶⁴ *Idem*, párrafos. 375-382.

²⁶⁵ *Idem*, párrafo 362.

específicas para con los inversores extranjeros, el Estado puede modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a las circunstancias y necesidades públicas cambiantes²⁶⁶.

Ahora bien, se plantea el órgano arbitral, “en qué medida la protección de otorgar un trato justo y equitativo contenida en el TCE se puede invocar y dar lugar a un derecho de compensación como resultado del reconocido derecho a regular de un Estado²⁶⁷.”

Se puede observar, como el tribunal está reconociendo que el derecho a regular de los Estados tiene límites que se encuentran en las obligaciones asumidas en los Tratados Internacionales, en este caso en el TCE, que si se sobrepasan podrían dar lugar a la violación de la obligación del trato justo y equitativo²⁶⁸.

Entiende el órgano decisor que el estándar de protección objeto de análisis, sí que protege al inversor que invirtió en base a las características de un régimen jurídico determinado, frente a las modificaciones que introduzca el Estado en el citado régimen que alteren radicalmente las características esenciales de manera tal que se prive a los inversores del valor de su inversión²⁶⁹.

Para llegar esta limitación al derecho de regular de los Estado, el órgano arbitral, retoma la argumentación del tribunal del caso *Charanne*, la cual sostiene que se pueden ver frustradas las expectativas legítimas del inversor y por tanto constituir la actuación del Estado una vulneración del estándar de trato justo y equitativo, cuando el Gobierno en el ejercicio de su derecho a regular actúe de manera irracional, contraria al orden público o de forma desproporcionada²⁷⁰.

En concreto, se centra en el concepto de proporcionalidad en la actuación del Estado, ya comentado en el caso *Charanne* y en el caso *Isolux*, entendiendo que la actuación del Estado es desproporcionada cuando introduzca modificaciones en el régimen normativo de manera innecesaria, imprevisible o repentina trastocando la esencia del régimen establecido con anterioridad²⁷¹.

Resulta curioso como el tribunal a lo largo de su argumentación, alude al Laudo *Charanne* e incide en la compatibilidad de la decisión que va a tomar con la tomada por el tribunal que conoció del ya estudiado, reconociendo que las circunstancias fácticas y

²⁶⁶ Laudo *Eiser*, párrafo 363.

²⁶⁷ *Idem*, párrafo 362.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables...”, pág. 675.

²⁶⁹ Laudo *Eiser*, párrafo 636.

²⁷⁰ *Idem*, párrafo 370.

²⁷¹ *Idem*, párrafo 370.

jurídicas eran totalmente diferentes, por versar los laudos sobre medidas regulatorias distintas y haber invertido las demandantes en distintas tecnologías de energías renovables (Solar fotovoltaica en el caso de *Charanne* y termoeléctrica en el caso de *Eiser*)²⁷².

Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el tribunal considera probado que el Reino de España con el paquete de medidas de 2013 llevó a cabo una actuación desproporcionada frustrando las expectativas legítimas de los inversores en base a las cuales los mismos habían decidido invertir millones de euros en plantas termoeléctricas y endeudarse, dado que eliminó el régimen regulatorio al que estaban acogidos los demandantes, reemplazándolo por un sistema normativo sin precedentes y totalmente diferente, basado en premisas totalmente diferentes, tal y cómo hemos podido observar en el apartado relativo a la evolución del marco jurídico de promoción de las FER²⁷³.

Por otro lado, el tribunal pasa a analizar el impacto de estos cambios sustanciales introducidos en el régimen normativo anteriores en el valor de la inversión, dado que aunque no lo diga explícitamente, de su argumentación se deduce que considera necesario para alegar una vulneración del trato justo y equitativo, no sólo que la actuación del Estado haya sobrepasado los límites impuestos por el TCE a su derecho a regular, sino que además exista una privación del valor de la inversión a consecuencia de dicha actuación, que sea de tal magnitud que destruya el valor de la citada inversión²⁷⁴.

De aceptarse este razonamiento del Tribunal, habría que estar al caso concreto para valorar si existe o no violación del trato justo y equitativo. Es decir, el tribunal tendría que tener en cuenta, las circunstancias concretas de la inversión de los demandantes del pleito y el consiguiente impacto de la actuación del Estado en la rentabilidad de la misma²⁷⁵.

Si bien esta postura puede tener sentido dado que para calcular la compensación por incumplimiento de una obligación del Estado hay que tener en cuenta los daños que la citada actuación ha tenido sobre la inversión, considero que el estándar de trato justo y equitativo se ve vulnerado cuando la actuación del Estado haya sobrepasado los límites comentados con anterioridad, sin tener en cuenta el impacto de esa actuación sobre el

²⁷² Laudo *Eiser*, párrafo 367.

²⁷³ *Idem*, párrafos 382-387.

²⁷⁴ *Idem*, párrafos 409-418.

²⁷⁵ IRURETAGOIENA AGUIRREZABALAGA, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España ...” pág.7.

valor de la inversión, impacto que sí que se debe valorar cuando se alega la vulneración de la obligación de no expropiación prevista en el artículo 13 TCE.

En el caso objeto de análisis, el tribunal concluye que los cambios introducidos en el marco regulatorio han destruido efectivamente el valor de la inversión, ya que los costos operativos y de capital de esta inversión eran muy elevados y el nuevo sistema basado en una planta “hipotética y eficiente” no proporciona una rentabilidad a los demandantes suficiente para cubrir esos costos reales de la planta y hacer frente a la deuda contraída²⁷⁶.

El órgano arbitral teniendo en cuenta que las medidas introducidas por el Gobierno en el régimen de las FER han sido desproporcionadas y han provocado una destrucción del valor de la inversión de los demandantes, considera que el Reino de España ha violado la obligación prevista en el artículo 10.1) TCE de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores, por lo que debe compensar a los demandantes por tal incumplimiento.

Este trabajo no pretende entrar a analizar la parte del Laudo relativa a la forma de compensación y al cálculo del montante de dicha compensación.

Por tanto, al respecto únicamente se va mencionar que el artículo 10 TCE a diferencia del 13 TCE no establece un estándar de compensación, por lo que habría que acudir a los principios de derecho internacional relativos a la responsabilidad del Estado en caso de violación de tratados, que exigen que se repare el daño causado al incumplir con sus obligaciones con el fin de eliminar las consecuencias del hecho ilícito²⁷⁷.

En lo que se refiere a la forma de reparación del daño, el tribunal en este caso considera que se debe compensar pecuniariamente a los demandantes, ya que la restitución del régimen legal del RD 661/2007 iría en contra al derecho a regular del Estado reconocido al Reino de España en este Laudo²⁷⁸.

Por último, para calcular la indemnización que les corresponde a los demandantes, el tribunal tiene en cuenta la vida útil de las plantas termoeléctricas en las que los mismos invirtieron y la pérdida de flujos de caja futuro a consecuencia de la actuación del Estado. Rechaza tener en cuenta los gastos incurridos para satisfacer el IVPEE al no estar dentro

²⁷⁶ Laudo *Eiser*, párrafo 409.

²⁷⁷ *Idem*, párrafos 419-424.

²⁷⁸ *Idem*, párrafo 425.

del ámbito del TCE²⁷⁹. En base a estos criterios, el tribunal finalmente condena a España a indemnizar a los demandantes con una cantidad de 128 millones de euros por los daños sufridos

3.3. *Decisión del tribunal arbitral*

Por todo lo comentado con anterioridad, el tribunal arbitral, tras rechazar las objeciones jurisdiccionales alegadas por el Reino de España, excepto las relativas a las medidas impositivas, acaba estimando las pretensiones de los demandantes al entender, que las modificaciones al Régimen Especial llevadas a cabo en 2013 por el Reino de España, constituyeron una violación de obligación de trato justo y equitativo a los demandantes recogida en el TCE.

En síntesis, el tribunal considera que el Reino de España, al derogar el RD 661/2007, y decidir aplicar un método completamente nuevo para reducir la remuneración de las plantas existentes de las sociedades demandantes, actuó de manera desproporcionada vulnerando las legítimas expectativas de las sociedades *Eiser* y *Energía Solar*, y privando esencialmente a las mismas de todo el valor de su inversión, hechos que constituyen una vulneración por parte de España de su obligación de otorgar trato justo y equitativo en virtud del TCE.

V. RECURSOS, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En el último punto del trabajo, de manera muy breve, se analiza el sistema de recursos previsto para los laudos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los mismos en España, con el objetivo de conocer si nuestro país tiene algún modo de eludir el pago de la indemnización millonaria a la que ha sido condenada por el Laudo de *Eiser*.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en función de la vía de resolución de controversias escogida por el inversor en virtud del artículo 26 TCE, tanto el sistema de recursos como el procedimiento de reconocimiento y ejecución variará. Si nos centramos únicamente en el arbitraje como medio de resolución de litigios ocurre lo mismo, dado que cada institución arbitral y el arbitraje ad hoc se rige por unas reglas diferentes, tal y cómo se ha visto con anterioridad.

²⁷⁹ Laudo *Eiser*, párrafos 441-478.

1. Recursos

Como el laudo que condena a España, laudo *Eiser*, ha sido dictado por el CIADI siendo ambas partes procesales parte del Convenio CIADI, nos centraremos en el sistema de recursos previsto en el citado Convenio

Conviene aclarar que, el laudo resultante de un arbitraje CIADI no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los casos previstos en el propio Convenio CIADI y en todo caso esta institución es la que tiene jurisdicción exclusiva para conocer de este tipo de reclamaciones²⁸⁰.

Las posibilidades que ofrece la citada Institución son cuatro: la solicitud de suplemento o rectificación, solicitud de aclaración, solicitud de revisión y recurso de anulación.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 49 del Convenio CIADI, si una parte considera que el tribunal ha omitido resolver un punto en el laudo, en un plazo de 45 días desde la fecha del laudo, podrá solicitar una decisión suplementaria del mismo, así mismo la parte interesada podrá solicitar una decisión que rectifique errores materiales, aritméticos o similares.

En segundo lugar, si surgiere alguna diferencia entre las partes sobre el alcance o sentido del laudo cualquiera de ellas podría solicitar la aclaración al tribunal²⁸¹. En principio, deberá someterse al mismo tribunal que dictó el laudo, en caso de que ello no fuera posible, se constituirá un nuevo tribunal aplicando *mutatis mutandis* las normas del propio Convenio sobre la formación de los tribunales arbitrales para conocer de un asunto. Si el tribunal considera que las circunstancias lo exigen podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración²⁸². La decisión sobre la aclaración que haga el tribunal arbitral formará parte del laudo a efectos del reconocimiento y de la ejecución según dispone el artículo 53.2) del Convenio del CIADI.

Así mismo, en tercer lugar, las partes podrían solicitar la revisión del laudo si descubren un hecho nuevo que pudiera influir decisivamente en el laudo ya dictado. Como en la mayoría de los derechos procesales, se exige que el hecho nuevo debe haber sido desconocido por el tribunal y por la parte que insta la revisión al momento del dictado

²⁸⁰ Art. 53 Convenio CIADI.

²⁸¹ Art 50.1) Convenio CIADI.

²⁸² Art. 50.2) Convenio CIADI.

del laudo, y el desconocimiento de la parte que insta la revisión no puede deberse a su propia negligencia²⁸³.

Por último, las partes tienen el recurso de anulación que es de carácter excepcional. Una parte podrá solicitar la anulación total o parcial del laudo fundada en una serie de causas tasadas, en concreto cuando: (1) el tribunal se haya constituido incorrectamente; (2) el tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades; (3) cuando puede haber existido corrupción de algún miembro del tribunal; (4) haya habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (5) que no se han expresado en el laudo los motivos en que se funda. Cuando se haya presentado un recurso de anulación, si el tribunal arbitral lo considera conveniente, puede suspender la ejecución del laudo hasta que se resuelva sobre la anulación²⁸⁴.

En caso de prosperar la anulación, que puede ser total o parcial, tal decisión del tribunal no constituiría un laudo y no estaría sujeta a ningún otro procedimiento de anulación; sin embargo, se equipara a un laudo a efectos de su carácter vinculante, del reconocimiento y de la ejecución²⁸⁵.

Por tanto observamos que, en el sistema CIADI, en sede de anulación de laudos arbitrales no es posible intervención revisora en cuanto al fondo (*meritum causae*), Consecuentemente, las consideraciones efectuadas por los árbitros en lo que respecta a la valoración de los hechos materia de la controversia, a la interpretación de las normas aplicables o las conclusiones jurídicas que se produzcan son inamovibles²⁸⁶, a no ser que se haya estimado la anulación total o parcial, lo cual permitiría a cualquiera de las partes solicitar que se someta la diferencia a un tribunal arbitral posteriormente constituido en aras de obtener un laudo nuevo respecto de la cuestión²⁸⁷.

El Reino de España ha presentado un recurso de anulación del Laudo *Eiser* ante el CIADI²⁸⁸, el cual está todavía pendiente. Desconocemos los argumentos en los cuales se fundamenta el recurso, sin embargo, consideramos que difícilmente puede prosperar,

²⁸³ Art. 51.1) Convenio CIADI.

²⁸⁴ Art 52 Convenio CIADI.

²⁸⁵ Art. 53 Convenio CIADI.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, núm.1, 2011, pág. 32. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/13973/>

²⁸⁷ Art. 55 Convenio CIADI.

²⁸⁸ Recurso de fecha 28 de julio de 2017

<https://icsIdemworldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>

dado que a primera vista no parece que estemos ante uno de los motivos de anulación antes enumerados.

Tras analizar el sistema de recursos previsto en el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, se puede concluir que es prácticamente imposible para España obtener un resultado favorable en el recurso del caso, dado que el único recurso al que podría acudir dadas las circunstancias del caso sería de anulación, y como ya se ha mencionado, es difícil que prospere el mismo.

En lo que se refiere a los cauces de recurso previstos para el resto de laudos dictados por otras instituciones arbitrales o tribunales arbitrales *ad hoc* serán los establecidos en el arbitraje comercial internacional²⁸⁹. Además, cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede en CIADI, el resto laudos comerciales internacionales pueden ser impugnados ante una jurisdicción estatal²⁹⁰.

2. Reconocimiento y ejecución

Tal y cómo hemos mencionado al inicio de este apartado, el reconocimiento y ejecución de los laudos varía en función del tipo de arbitraje y de la institución arbitral que lo dicte. En realidad, en el arbitraje de inversión se pueden distinguir dos regímenes jurídicos diferenciados en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de los laudos.

Por un lado, está el arbitraje CIADI, en el que los laudos arbitrales que contienen condenas pecuniarias gozan de un mecanismo de ejecución forzosa privilegiado en los Estados Contratantes del Convenio de CIADI, sin *execuátur* previo del laudo. Es decir, las partes contratantes del citado convenio, harán ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado.

El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas sobre ejecución de sentencias vigentes en el lugar donde se pretenda la ejecución²⁹¹. En consecuencia, a no ser que el tribunal arbitral que está conociendo del recurso de anulación presentado por el Reino de España, haya suspendido la ejecución del laudo, hecho que desconocemos, pero que

²⁸⁹ PASCUAL VIVES, F. et al, “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 29, 2014, pág. 129. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5169044>.

²⁹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI...”, pág. 34.

²⁹¹ ARIF HYDER, A, VIÑALS CAMALLONGA, J.M Y IRIARTE ÁNGEL, J.L, *Inversiones españolas en el extranjero mecanismos de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 86.

parece poco previsible, los demandantes podrían ir a los Tribunales Españoles para pedir la ejecución del laudo y éstos tendrán la obligación de ejecutarlo.

Por otro lado, están el resto de laudos arbitrales en materia de inversiones, los cuales son asimilados a los laudos de arbitrajes de derecho privado y requieren el previo exequatur del laudo bajo normas de Derecho internacional Privado, sea el Convenio de Nueva York²⁹² u otro texto más favorable (art. V del propio Convenio de Nueva York)²⁹³.

No obstante lo anterior y con independencia del tipo de arbitraje escogido, se debe de tener en cuenta que el propio 26.8) TCE establece la obligación de las partes contratantes de ejecutar los laudos arbitrales ya que dispone que *“Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. [...] las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio.”*

Por lo comentado con anterioridad, todo apunta a que España tendrá que cumplir con las obligaciones contraídas en los tratados internacional y ejecutar el laudo de CIADI, pagando a los demandantes la cantidad que corresponda. Con el agravante de que actualmente se están desarrollando cerca de una treintena de arbitrajes contra el Reino de España en supuestos muy parecidos a los del caso *Eiser*.

²⁹² Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en el BOE núm.164, de 11/07/1977.

²⁹³ PASCUAL VIVES, F. “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 33, 2017, pág. 19. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6062586>

VI. CONCLUSIÓN

1. Tras el análisis de la evolución del marco normativo, de los compromisos asumidos por España en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía y de los Laudos dictados en el seno de Instituciones arbitrales a consecuencia de los recortes y posterior supresión del Régimen Especial previsto para las instalaciones de energía fotovoltaica y termosolar, se puede concluir que España se encuentra en una situación delicada de cara a futuro.

2. Es preciso aclarar que, a diferencia del Sistema Jurisdiccional Estatal y dado que nos encontramos en sede de arbitraje internacional, del cual pueden conocer distintas instituciones arbitrales o incluso árbitros *ad hoc*, las decisiones de los tribunales arbitrales o de los árbitros que conocen de un asunto no vinculan al resto de órganos decisores y sus decisiones son independientes entre sí, no existiendo, por tanto, la doctrina del precedente.

No obstante, tal y cómo se ha podido comprobar al analizar los distintos laudos, *de facto*, los tribunales arbitrales y árbitros *ad hoc* suelen fundamentar sus decisiones apoyándose en los razonamientos jurídicos de otros tribunales que han conocido supuestos similares en los cuales se invocaba el mismo tratado internacional.

Es por ello por lo que, aunque los laudos analizados no puedan ser considerados un precedente jurídico para el resto de procedimientos pendientes ante tribunales arbitrales sobre la posible vulneración del TCE por parte de España por la política energética llevada a cabo en materia de energías renovables, sí que probablemente constituyan un precedente fáctico para los tribunales, sobre todo respecto a los pronunciamientos que se refieren a cuestiones de principios y al significado jurídico de los conceptos contemplado en el TCE.

3. En lo que respecta a las objeciones jurisdiccionales planteadas por España en los tres laudos analizados, se ha podido observar que la única objeción que ha prosperado, y en la que coinciden los tribunales arbitrales, es la relativa a la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de una supuesta vulneración del trato justo y equitativo mediante la adopción por parte del Estado de medidas impositivas, al ser expresamente excluido del ámbito material del Tratado las citadas medidas en virtud del artículo 21 TCE.

4. En cuanto a la cláusula *Claw back* prevista en el artículo 21.5) TCE, los tribunales parecen estar de acuerdo en que la falta de notificación previa a las autoridades competentes sobre la posible consideración de una medida impositiva como expropiatoria no constituye una causa de denegación de jurisdicción del tribunal arbitral, al poder ser suplida esta notificación a lo largo del procedimiento por el propio tribunal. De hecho, considero que el propio tenor literal del citado artículo establece que, en caso de no mediar la notificación previa, es el tribunal arbitral el que llevará a cabo la notificación de oficio. Por otro lado, cabe destacar los requisitos formales de la notificación y la definición de autoridad competente que establece el tribunal del caso *Eiser*, ya que como hemos mencionado con anterioridad, puede suponer un precedente fáctico para el resto de tribunales.

5. Tras el análisis de los tres laudos, se puede afirmar que la excepción intra-UE de la controversia, tal y cómo está siendo argumentada por España no puede prosperar, dado que (1) el hecho de que ambas partes procesales pertenezcan a la UE no impide la aplicación del TCE, ya que los EM por separado también son partes contratantes; (2) no existe contradicción entre el TCE y el derecho de la UE en lo que a mecanismo de resolución de conflictos se refiere; y (3) no se puede entender que existe una cláusula de desconexión implícita por los motivos extensamente desarrollados a lo largo del trabajo. Bien es cierto que, tanto el propio tribunal en el caso *Charanne* como la Comisión Europea han dado pistas a España sobre cómo abordar y fundamentar esa objeción jurisdiccional de cara a futuro, instándole a alegar la posible contrariedad de la decisión con el Derecho de la UE al poder considerarse la condena como Ayudas de Estado. Argumentación que quizá podría hacer prosperar la citada excepción al presentar una posible contradicción entre el TCE y el Derecho de la UE que podría justificar que se aplicase este último con preferencia al TCE.

6. En lo que se refiere a los conceptos de “inversión” e “inversor” utilizados por las partes para excluir la legitimación procesal de los demandantes, parece no haber una postura muy clara por parte de los tribunales arbitrales.

Por un lado, los órganos decisores difieren en si la definición de “inversión” del TCE es autosuficiente o no y, por tanto, si es necesario o no para que sea aplicable el TCE que la inversión cumpla con los requisitos que exige la definición objetiva proporcionada por el Derecho Internacional Privado, en principio no prevista en el Tratado.

Por otro lado, los tribunales se muestran reacios a aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario argumentando que no conocen un principio general del derecho internacional que requiera que se investigue la operativa de la sociedad cuando el Tratado aporta una definición meramente jurídica de inversor “la constitución de arreglo a la legislación aplicable a la parte contratante”, como es el caso del TCE.

7. En cuanto al resto de objeciones jurisdiccionales alegadas en los laudos analizados, podemos dividirlos en dos grupos.

El primer grupo hace referencia a las objeciones jurisdiccionales como el incumplimiento *cooling off period* y el ejercicio de la cláusula *electa una vía*. Unas y otras pueden prosperar o no atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En el caso *Eiser* el tribunal rechaza la objeción relativa al periodo de espera al entender que sí que se ha respetado el mismo. Considera que, si lo que los demandantes entienden que vulnera las obligaciones asumidas por España en virtud del TCE, no son las medidas específicas, sino que es la evolución del régimen económico de las plantas de producción de E-FER, aunque algunas de las medidas regulatorias fueran de fecha posterior a la solicitud de los demandantes de intentar llegar a una solución amistosa, estas últimas medidas no constituirían una nueva controversia, no siendo necesario llevar a cabo, respecto a las citadas medidas una petición adicional de negociaciones.

Por otro lado, el tribunal del caso *Charanne* rechaza la alegación del Reino de España en la que considera que los demandantes, una vez que se han dirigido a los tribunales ordinarios, ya no pueden acudir a arbitraje, al haber ejercido la cláusula *electa una vía*. Entiende el tribunal que para aceptar la objeción jurisdiccional relativa al ejercicio previo de la cláusula *electa una vía* es necesario que exista identidad de partes, objeto y causa entre el procedimiento ante los tribunales ordinarios españoles y el procedimiento arbitral, no dándose esta triple identidad en el caso concreto analizado.

El segundo grupo, formado por las excepciones jurisdiccionales basadas en la falta sobrevinida de objeto y en la denegación de beneficios prevista en el artículo 17 TCE, el tribunal no las considera como causa de denegación de jurisdicción por impugnarse disposiciones ya derogadas, sino como causas de inadmisibilidad a analizar al inicio de las cuestiones de fondo.

8. Sentadas las conclusiones anteriores, la verdadera importancia la adquiere el análisis sobre las cuestiones de fondo, dado que de él puede surgir la apreciación de

incumplimiento del Reino de España de sus obligaciones en virtud del TCE y la consecuente responsabilidad del Estado por el citado incumplimiento.

9. Principalmente los demandantes alegan la vulneración de los compromisos asumidos en los artículos 10 y 13 del TCE. No obstante, en lo que se refiere a la vulneración del artículo 10 TCE, los tribunales y los demandantes difieren en el número de compromisos autónomos supuestamente recogidos en el mismo, respecto a lo cual podemos concluir que los tribunales sólo reconocen la existencia de tres obligaciones autónomas que serían: (1) la obligación de trato justo y equitativo; (2) la obligación de establecer medios eficaces del ordenamiento nacional para el ejercicio de los derechos; y (3) la cláusula paraguas. El resto de obligaciones alegadas por los demandantes quedarían recogidas dentro de la primera obligación reconocida que es el trato justo y equitativo.

10. En lo que se refiere a la obligación de establecer medios eficaces del ordenamiento nacional para el ejercicio de los derechos y a la cláusula paraguas, al haber sido invocadas únicamente en uno de los tres laudos, no se puede concluir que la interpretación de las mismas que hace el tribunal pueda sentar precedente fáctico. Además, a mi parecer, resulta cuestionable la conclusión a la que llega el tribunal respecto a la primera de las cláusulas mencionadas, dado que la impugnación de un Real Decreto Ley verdaderamente resulta complicada en nuestro sistema jurisdiccional.

11. Especial relevancia adquiere la interpretación por parte de los tribunales de la obligación del trato justo y equitativo prevista en el TCE, puesto que, en virtud de esta obligación, se ha dictado el laudo condenatorio para España. Nótese además que el órgano decisor del caso *Eiser*, tal y como se ha visto, trae en varias ocasiones a colación la argumentación del tribunal del *Charanne* para fundamentar su postura a la vez que intenta demostrar la compatibilidad entre la decisión que va a dictar y la que dictó el tribunal de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Esto puede resultar determinante para los futuros laudos que se dicten respecto a esta materia, dado que pueden constituir la plasmación de un consenso sobre los principios que guían la interpretación de la obligación del trato justo y equitativo de TCE.

12. En lo que concierne a la interpretación de la obligación del trato justo y equitativo, parece quedar claro que, para poder apreciar el incumplimiento de la citada obligación en relación con las modificaciones regulatorias, se deben de haber vulnerado

las legítimas expectativas del inversor o haber aplicado el Estado medidas con carácter retroactivo.

Respecto a las legítimas expectativas del inversor, los tribunales entienden que la actuación del Estado no otorga al inversor un derecho de estabilidad regulatoria *per se*, dado que el TCE no recoge ninguna cláusula de estabilización y, por tanto, no puede crear en el inversor la expectativa legítima de inmutabilidad del marco regulatorio inicial.

No obstante, los tribunales arbitrales reconocen que puede darse una vulneración del estándar de trato justo y equitativo cuando el Estado en el ejercicio de su derecho a regular actúe de manera irracional, contraria al orden público o de forma desproporcionada.

Además sostienen que la apreciación de la existencia de legítimas expectativas del inversor depende de (1) las medidas que se impugnen (las de 2010 o las de 2013); (2) del momento en el que se realizó la inversión o se decidió realizar (antes de los recortes anunciados o después); (3) de las características propias del inversor y de su conducta; y (4) de si dadas las características de la inversión, verdaderamente se han visto frustradas las expectativas, es decir, si verdaderamente las medidas alegadas han tenido incidencia en el valor esperado de la inversión.

En este punto se puede concluir que los tribunales, si bien han considerado que el paquete de medidas de 2010 no constituye una vulneración del trato justo y equitativo del TCE al no introducir cambios sustanciales en las características del régimen establecido (Laudo *Charanne*), el paquete de medidas de 2013 sí que sobrepasa los límites establecidos por el citado Tratado al derecho a regular de los Estados (Laudo *Eiser*)

El tribunal considera que España con estas medidas actuó de manera desproporcionada ya que las modificaciones del 2013 suprimieron el Régimen Especial previsto en el RD 661/2007, y se estableció un nuevo régimen basado en parámetros totalmente diferentes para calcular la remuneración a la que tenían derecho las plantas acogidas al régimen anterior, provocando normalmente una reducción de la remuneración inicial a la que tenían derecho las plantas ya existentes.

No obstante, la responsabilidad de España por la citada extralimitación dependerá de las circunstancias concretas del caso por depender la apreciación de las legítimas expectativas de otros factores, entre los cuales se encuentra la conducta del propio

inversor, el grado de impacto de las medidas sobre la rentabilidad de las inversiones o el momento en el que se realizó la inversión.

En este punto cabe recordar que en el caso *Isolux*, el tribunal rechazó que las medidas del 2013 hubieran violado la obligación de TJE, puesto que (1) los demandantes, al ser su inversión del año 2012, no podían tener la legítima expectativa de que el marco regulatorio no fuera a cambiar, porque en aquel momento ya se habían aprobado los primeros recortes; y (2) el impacto de las medidas en la rentabilidad de su inversión había sido muy leve.

13. en relación con la alegación de que las medidas regulatorias son retroactivas, los tribunales entienden que no se puede apreciar el carácter retroactivo, sino que las medidas son de aplicación inmediata, cuestión bien distinta.

14. Hay que destacar que en caso de estimarse la vulneración del citado estándar de trato justo y equitativo a consecuencia de los recortes en el régimen de energías renovables, la reparación del daño causado por el incumplimiento por parte de nuestro país siempre va a ser a través del pago de una indemnización pecuniaria. Esto es así porque los tribunales sí que reconocen el derecho a regular de un Estado y su competencia exclusiva en la citada materia, por lo que la restitución del régimen legal que establecía los incentivos en un primer momento no sería posible.

15. El análisis de la vulneración de la prohibición de expropiación indirecta prevista en el artículo 13 TCE también es recurrente en los laudos analizados. Al respecto, los tribunales coinciden en tres aspectos fundamentales de tal estándar de protección, en el caso de que la inversión consiste en una participación accionarial: (1) el objeto de protección son las acciones y no los rendimientos futuros; (2) la protección concedida al inversor se extiende tanto a la propiedad de las acciones como al valor de las mismas; y (3) la expropiación indirecta requiere que el impacto de las medidas en el valor de las acciones equivalga a la privación total o parcial de la inversión.

16. Las vías de recurso ante laudos condenatorios dependen de la institución arbitral a la que se sometan las controversias. Estas vías son, en todo caso, prácticamente inexistentes, siendo normalmente la única opción el recurso de anulación, que en el sistema CIADI se sujeta a causas muy concretas, que es muy difícil que prosperen.

17. En cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos el procedimiento dependerá de la institución arbitral a la que se haya sometido la controversia. No obstante,

en virtud del artículo 26 TCE, los laudos condenatorios en relación a las energías renovables deben ser ejecutados directamente por los Estados signatarios del Tratado.

18. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que España tendría que centrarse en que las objeciones jurisdiccionales prosperen invocando para ello nuevos argumentos. Sí que parece razonable que los tribunales que conozcan de los procedimientos pendientes estimen las pretensiones de los demandantes, principalmente atendiendo a la interpretación del trato justo y equitativo analizada en este trabajo. Se debe recordar, no obstante, que la estimación de las demandas depende en gran medida de las circunstancias concretas del caso concreto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F. (2016). “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, 2016, págs. 3-22. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696915>
- ALI, A.H, “In the Eye of the Storm: Spain’s nexus to Investment Disputes”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm.18, Wolters Kluwer, Madrid, 2013, págs. 5-36
- ARIF HYDER, A, VIÑALS CAMALLONGA, J.M Y IRIARTE ÁNGEL, J.L, *Inversiones españolas en el extranjero mecanismos de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- ALONSO MAS, M. J. “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de tratado carta de la energía: el caso Eiser contra España”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.69, 2017, págs. 8-25. Recuperado de http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2017/06/2017_06_12_Alonso-Mas_Regimen-apoyo-economico-energias-renovables.pdf
- BENITO, E., “Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía.” *Anuario Español De Derecho Internacional*, núm.16, 2000, págs.421-446
Recuperado de http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21359/1/ADI_XVI_2000_14.pdf
- CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Cívitas, Madrid, 1978
- URÍA MENÉNDEZ, “Crónica legislativa y jurisprudencial: Arbitraje y mediación” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.42, 2016, págs. 179-182. Recuperado de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4984/documento/cronica.pdf?id=6233>
- DE LOS SANTOS, C., ARANA, S., IGLESIAS, J. “Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: La vía del inversor extranjero.” *Cuadernos de Energía*, núm.30, 2011, págs.5-10. Recuperado de http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca_/Publicaciones_Enerclub_/Cuadernos//Cuadernos_de_Energia_N_30;jsessionid=6F4087CEF01758DAD5D6C8F40046A682

- DOLZER, R. y SCHEURER, CH. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty: A reader's guide*, EC Secretariat, Bruselas, 2002 Recuperado de <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>
- FAYA RODRÍGUEZ, A. “The Most-Favoured Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, *Journal International Arbitration*, Vol. 25, n.º 1, Kluwer Law International, Países Bajos, 2008, , págs. 89-102. Recuperado de https://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/2/
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables”. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol.9, núm.2, 2017, págs.666-676. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/3895/2451>
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, núm.1, 2011, págs. 31-459. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/13973/>
- GALÁN VIOQUE, R. “El nuevo modelo español de fomento de las energías en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica”, *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red*, (dir. González Ríos, I.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 97-136
- GUAYO CASTIELLA, I. D. “La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables: a propósito del Laudo de 21 de enero de 2016”. *Cuadernos De Energía*, núm.47, 2016 págs.50-56. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5439953>
- IRURETAGOIANA AGUIRREZABALAGA, I. *Operatividad del arbitraje ante supuestos de expropiación de inversiones extranjeras*. Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, Donosita/ San Sebastián, 2008
- IRURETAGOIANA ARRIZABALAGA, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los «recortes» en el ámbito de las energías renovables”, *Diario la Ley*, núm. 9014, 2017. Recuperado de

<http://diariolaley.laley.es/home/DT0000249476/20170621/A-proposito-del-primer-laudo-condenatorio-para-Espana-en-el-marco-de-las-disputa>

KONOPLYANIK, A.; WÄLDE, T. “Energy Charter Treaty and its role in International Energy”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, núm.24, International Bar Association, Londres, 2016, págs. 523-558

LÓPEZ ESCUDERO, M. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, *España y la práctica del derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. España y la práctica del derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*. Escuela Diplomática, Madrid, 2014, págs.223-265

MENDOZA LOSANA, A. *Financiación pública del sistema eléctrico: aprobado un crédito extraordinario para contener el déficit de tarifa de 2013*, 2013, Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/financiacion-publica-del-sistema-electrico-aprobado-un-credito-extraordinario-para-contener-el-deficit-de-tarifa-de-2013.pdf>

PASCUAL VIVES, F. (2014) “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm.29, 2014. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5169044>

PASCUAL VIVES, F.J. “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm.33, 2017. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6062586>

MORA RUIZ, M. “La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2014, págs. 38-60. Recuperado de http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2014/02/2014_02_17_Manuela_Mora_Energias-renovables.pdf

PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, D. *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012

SOMMER, C. G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. ACIDI”, *Anuario Colombiano De Derecho*

Internacional, Vol.6, 2013, págs. 95-130. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941865>

SORIANO, J.E. y IRIARTE, J.L. “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 de enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial de Inversiones*, Vol.9, núm.2, Iprolex, Madrid, 2016, págs. 465-498

VIII. LAUDOS ARBITRALES Y JURISPRUDENCIA

AES Summit Generation Ltd. v. The Republic of Hungary, caso CIADI n.º ARB/02/17, laudo de 23 de septiembre de 2010

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

CMS c. Argentinam caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005

Duke Energy c. Ecuador, caso CIADI n.º ARB/04/19, laudo de 18 de agosto de 2008

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

Electrabel c. Hungría, caso CIADI núm..ARB/07/19, laudo de 25 de noviembre de 2015.

Ioan Micula et al c. República de Rumanía, caso CIADI núm. ARB/05/20, laudo de 11 de diciembre de 2013

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

Kardassopoulos c. Georgia, caso CIADI n.º ARB/05/18, laudo de 10 de marzo de 2010

LG&E Energy c. Argentina, caso CIADI n.º ARB/02/1, laudo de 3 de octubre de 2006

Metalclad c. Mexico, caso CIADI n.º ARB/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000

Mox Plant (Irlanda c. Reino Unido), caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar núm.10, Sentencia de 3 de diciembre de 2001

Occidental c. Ecuador, caso LCIA n.º UN 3467, laudo de 1 de julio de 2004

Parkerings-Compagniet c. Lituania, caso CIADI n.º ARB/05/8, laudo de 11 de septiembre 2007

Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, caso CIADI núm.ARB/03/24, laudo de 27 de agosto de 2008

Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos, caso CIADI núm. ARB/00/4, laudo de 23 de julio de 2001

Tecmed vs México, caso CIADI, núm.ARB/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003

STC 31/2010 de 28 de junio de 2010. En el BOE, núm.172, de 16/07/2010

STS 2250/2012 de 12 de abril de 2012. En Cendoj: 28079130032012100171

STC 270/2015, de 17 de diciembre. En el BOE, núm.19, de 22/01/2016

STS 1463/2016, de 20 de junio. En Aranzadi Digital RJ 2016\6656

STS 1259/2016 de 1 junio. En Aranzadi Digital RJ 2016\3449

STS 2044/2017 de 20 diciembre. En Aranzadi digital JUR 2017\312729

STS 1720/2017 de 13 noviembre. En Aranzadi Digital RJ 2017\5017

TEAC 267/2014 de 20 julio 2017. En Aranzadi Digital JT 2017\909

IX. LEGISLACIÓN

COM (96) 576, Energía para el futuro: fuentes de energía renovables - Libro Verde para una estrategia comunitaria. En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51996IR0438>

COM (97) 599, Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios, en http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_es.pdf

Constitución Española de 1978, en el BOE, núm.311, de 29/12/1978

Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En el BOE núm.164, de 11/07/1977

Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Aranzadi Digital RCL 1980\1295

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 18 de marzo de 1965. Aranzadi Digital RCL1994\2584

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. En DOCE núm.83, de 27/10/2001

Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. En DOUE, núm.211, de 14/08/2009

Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. En el BOE, núm.23, de 27/01/1981

Ley 54/1997 del 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En el BOE, núm.285, de 28/11/1997

Ley 15/2012 del 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. En el BOE, núm.312, de 28/12/2012

Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En el BOE, núm.55, de 5/03/2011.

Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En el BOE, núm.310, de 27/12/2011

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. En el BOE, núm.150, de 20/06/2014

RD 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. En el BOE, núm.313, de 31/12/1994

RD 2818/1998 de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. En el BOE núm.312, de 30/12/1998

- RD 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En el BOE, núm. 75, de 27/03/2004
- RD 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En el BOE, núm. 26, de 26/05/2007
- RD 1578/2008 de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. En el BOE, núm. 234, de 27/09/2008
- RDL 6/2009 de 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. En el BOE, núm. 111, de 7/05/2009
- RD 1565/2010 de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En el BOE, núm. 283, de 23/11/2010
- RD 1614/2010 de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica. En el BOE, núm. 298, de 8/12/2010
- RDL 14/2010 de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. En el BOE, núm. 312, de 24/12/2010
- RDL 1/2012 de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre-asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. En el BOE, núm. 24, de 28/01/2012
- RDL 2/2013 de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en sector financiero. En el BOE, núm. 29, de 2/02/2013
- RDL 9/2013 de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. En el BOE, núm. 167, de 13/07/2013

RD 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. En el BOE, núm.140, de 10/06/2014

Recomendación del Consejo de la Unión Europea 88/611/CEE de 8 de noviembre de 1988 sobre el fomento de la cooperación entre las empresas de servicios públicos y los autoprodutores de electricidad, en <http://data.europa.eu/eli/reco/1988/611/oj>

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 1 de enero de 2010. Actualmente derogado por el aprobado el 1 de enero de 2017. En <https://fernandezrozas.com/2017/01/17/entrada-en-vigor-de-los-nuevos-reglamentos-del-arbitration-institute-de-la-camara-de-comercio-de-estocolmo/>

Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>

Tratado de Funcionamiento de la UE, de 25 de marzo 1957. En Aranzadi Digital RCL 2009\2300

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