

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

MARÍA DEL MAR VILLAGRASA ROZAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS MEDIDAS DE «RECORTE» INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.– III. EL TRATADO DE LA CARTA DE ENERGÍA Y LOS TRIBUNALES ARBITRALES.– IV. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR EL RÉGIMEN DE APOYO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES A LA LUZ DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LOS CASOS CHARANNE Y EISER: 1. El laudo Charanne. 2. El laudo Eiser: A) Planteamiento general. B) La defensa de España: la excepción intra-UE. C) El significado del estándar trato justo y equitativo.– V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: 1. Planteamiento general. 2. La Decisión C(2017)7384 de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017. 3. La compatibilidad de las ayudas de Estado en materia de energías renovables.– VI. LA PIEZA CLAVE DE LA DEFENSA DE ESPAÑA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES: LA SENTENCIA ACHMEA DEL TJUE, DE 6 DE MARZO DE 2018: 1. Planteamiento general. 2. El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 3. El tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. 4. La aplicación del art. 344 TFUE a las controversias inversor-Estado. 5. Las posibles consecuencias de la Sentencia Achmea en el marco del Tratado de la Energía.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: España tiene varios frentes abiertos al arbitraje de inversiones debido a los cambios normativos retroactivos en las energías renovables. En este trabajo explicaremos cómo hemos llegado a esta situación, en la que los tribunales arbitrales condenan a nuestro país a pagar a los inversores internacionales grandes sumas económicas y, a la vez, estudiaremos las líneas de defensa que la Unión Europea ha abierto en los últimos meses en contra de la ejecución de los laudos arbitrales.

Palabras clave: energías renovables; laudos arbitrales internacionales; ayudas de Estado.

ABSTRACT: Spain has several fronts open in investment arbitration due to retroactive regulatory changes in renewable energies. In this paper, we will explain how we got to this point, in which international arbitration courts condemn to pay large sum of money to

Spain, and, at the same time, will study the lines of defense opened up by the European Union in the last few months against the enforcement of arbitral awards.

Key words: renewable energies; international arbitration awards; State aid.

I. INTRODUCCIÓN

La polémica reforma operada en el régimen tarifario de las energías renovables por el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, que llevó a la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ha supuesto un gran problema para los intereses económicos de los inversores que habían invertido grandes sumas de dinero al amparo de la norma anterior, mucho más favorable que la actual.

Estas reformas han sido objeto de impugnación y de reclamación de responsabilidad patrimonial en los Tribunales españoles. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha ratificado la plena constitucionalidad del nuevo sistema introducido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Por su parte, el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, también ha convalidado la legalidad del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que desarrollan las leyes anteriores.

Los argumentos presentados por los demandantes ante el Tribunal Supremo son los siguientes: se produjo una aplicación retroactiva de las nuevas normas; no se tuvieron en cuenta principios generales de nuestro Derecho como la seguridad jurídica y la confianza legítima; se transgredió el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y se alteró de forma sustancial el principio de rentabilidad razonable. Algunas demandas invocaron, incluso, el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y la violación de las disposiciones sobre el Tratado de la Carta de la Energía (1).

A la vista de que las demandas nacionales no estaban prosperando en ningún sentido, los inversores extranjeros, en virtud del Tratado de la Carta de la Energía, presentaron sus reclamaciones ante distintos organismos arbitrales internacionales.

En julio de 2018, los laudos internacionales condenan a España a pagar un total de 357 millones de euros por la violación del citado Tratado. Sin duda, una cifra nada desdeñable que produciría un agujero en nuestras cuentas

(1) El Instrumento de ratificación del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, fue publicado en el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1998.

públicas si llegaran a ejecutarse, y todavía penden demandas por valor de 7.500 millones de euros por los sucesivos recortes a las renovables (2).

En el momento actual se han solventado seis arbitrajes internacionales. Los dos primeros, planteados por *Charanne e Isolux* ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, se resolvieron a favor de España. Más tarde, los inversores *Eiser*, *Novaenergía* (3), *Masdar* (4) y *Antin* (5) acudieron al CIADI y ganaron sus reclamaciones, lo que obliga a España a indemnizarles con grandes sumas de dinero.

(2) https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-24/mas-de-20-millones-en-intereses-y-costas-la-factura-oculta-de-los-laudos-contra-espana_1582899/. Los laudos ordenan a España a pagar a los fondos internacionales 338 millones de euros, pero España recurre a la justicia al considerar que los tribunales ordinarios están de su parte. Esto conlleva el riesgo de que aumenten los intereses que están fijando los jueces arbitrales y que solo en los cuatro primeros casos suman 18.66 millones. Además hay costas millonarias (bufetes, peritajes, árbitros...) que empiezan a caer en el saldo de España. [Recuperado el 5 de julio de 2018].

(3) https://elpais.com/economia/2018/05/17/actualidad/1526580045_268563.html. La ejecución del laudo *Novaenergía* contra España ha sido suspendido por la justicia sueca siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por tratarse de inversores de Estados miembros de la Unión Europea. Este laudo se sustanció ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. El 17 de mayo de 2018, el Tribunal de Apelación de Estocolmo (*Svea Court of Appeal*) comunicó al Gobierno del Partido Popular que se suspendía indefinidamente el laudo de *Novenergía* que había dictado la Cámara de Comercio de la misma ciudad. La decisión obligaba a pagar 53 millones de euros a los inversores. La anulación se basaba en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de marzo de 2018, que invalida que se puedan dirimir conflictos entre empresas y Estados en el marco de los tratados bilaterales entre socios comunitarios. En este caso, se cumple la prohibición porque la empresa tiene su domicilio en Luxemburgo. [Recuperado el 5 de julio de 2018].

(4) https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-05-16/abu-dabi-gana-un-arbitraje-a-espana-y-abre-el-frente-diplomatico-por-las-renovables_1564573/. El fondo de inversión *Masdar*, del Emirato Árabe Abu Dabi abrió un frente diplomático debido a los fuertes intereses económicos que tiene este país de Oriente Medio en España. La reclamación ante el CIADI la interpuso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.*, con sede en Holanda. *Masdar* es una filial del fondo estatal de Abu Dabi *Mubadala Development Company* y se dedica, sobre todo, a la energía termosolar. En 2014, el Ministro de Energía del Partido Popular, José Manuel Soria, visitó Abu Dabi con el Rey Emérito (D. Juan Carlos I) para rebajar la tensión creada por las pérdidas económicas del fondo debido a la nueva regulación de las energías renovables. Las estrechas relaciones entre las casas reales de España y Abu Dabi no fueron suficiente bálsamo para llegar a un acuerdo amistoso y el caso siguió adelante en el CIADI, que condenó a España a pagar a *Masdar* una indemnización de 64.5 millones más un interés del 0.9 desde que, en 2014, entró en vigor el recorte de las primas. [Recuperado el 10 de julio de 2018].

(5) https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-18/laudo-antin-arbitraje-ciadi-renovables-primas-termosolar_1580658/. El laudo de *Antin* es de fecha de 15 de junio de 2018 y fue publicado íntegro en el periódico *El Confidencial Digital*. *Antin* ganó la demanda a España en el CIADI mediante un laudo que le condenó a pagar 112 millones de euros. [Recuperado el 20 de junio de 2018].

Ante esta situación, la Unión Europea ha abierto nuevos frentes de defensa para evitar la ejecución de los laudos arbitrales contra España. Esta defensa se fundamenta en dos líneas argumentales: las indemnizaciones de los laudos arbitrales se consideran ayudas de Estado ilegales y los arbitrajes de inversiones entre países miembros de la Unión Europea son contrarios al Derecho europeo porque no garantizan el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea.

En este trabajo se llevará a cabo una introducción sobre el controvertido marco legal que, lejos de contener sistemas de apoyo fiables para el desarrollo de las energías renovables, ha llevado a muchas empresas a una situación insostenible desde el punto de vista económico. Posteriormente se hará una breve referencia al laudo *Charanne* y, en particular, se estudiará el laudo *Eiser*, que se considera paradigmático por la relevancia que han tenido sus argumentos en otros laudos arbitrales dictados con posterioridad. Para finalizar, argumentaremos la línea de defensa que está siguiendo España para oponerse a la ejecución de los laudos arbitrales, basada en los últimos pronunciamientos de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. LAS MEDIDAS DE «RECORTE» INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Para comprender los efectos jurídicos y económicos desencadenados por las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y sus normas reglamentarias, describiremos de forma esquemática los cambios que se han producido desde la aprobación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (6).

El RD 661/2007 permitía dos sistemas de venta de energía: a) venta a tarifa regulada, diferente para cada tecnología, b) venta libre en el mercado de producción de energía eléctrica. La retribución venía dada por el precio

(6) La evolución del modelo español de apoyo a las energías renovables ha sido estudiado por muchos autores. Para hacer una evolución esquemática hemos elegido el trabajo de GALÁN VIOQUE (2015: 116-127), en el que se explican todos los cambios normativos que han llevado a cabo los distintos Gobiernos del Partido Socialista y del Partido Popular. Estos cambios del sistema de fomento de las energías renovables se han establecido a lo largo del tiempo por disposiciones infralegales, reglamentos, lo que ha tenido como consecuencia que hayan sido impugnados ante el Tribunal Supremo. Esto explica que los recortes que se llevaron a cabo a partir de 2012 hasta los actuales se aprobaran por normas con rango de Ley, como Reales Decretos-Leyes, para evitar las impugnaciones de las empresas ante el Tribunal Supremo y las posibles medidas cautelares que pudiera imponer la justicia.

resultante del mercado, si bien dicho precio venía complementado por una prima, específica para cada tipo de tecnología.

Esta regulación, que resultaba muy atractiva, atrajo a pequeños y grandes inversores nacionales y extranjeros, convirtiendo a nuestro país en uno de los líderes de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovable. Pero el estallido de la crisis financiera mundial de 2008 obligó al Gobierno a restringir sucesivamente las primas, hasta llegar a su definitiva derogación por el Real Decreto-Ley 9/2013.

En el nuevo contexto económico se sucedieron varias modificaciones normativas, en un breve lapso de tiempo, en las políticas de fomento que afectaron a la generación eléctrica fotovoltaica. Ello tuvo lugar a través del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto; del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre; del Real Decreto 1614/2010, de 8 de diciembre y del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre.

Posteriormente se efectuaron otras modificaciones que afectaron a todas las tecnologías de producción de energía renovable por Real Decreto-Ley 1/2012, de 22 de enero; Ley 15/2012, de 27 de diciembre; Real Decreto-Ley 29/2012, de 1 de febrero, y Real Decreto-Ley 2/2013. Esta serie de medidas, aprobadas en cascada, tuvieron carácter retroactivo y se aplicaron a instalaciones que tenían reconocida una retribución primada para toda la vida útil de la instalación, mermando sus beneficios.

La reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera y presupuestaria del sistema eléctrico, establece las bases de un nuevo marco retributivo para que las energías renovables puedan competir en el mercado y obtener una rentabilidad razonable. Esta norma fue el inmediato antecedente de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que deroga el régimen retributivo especial y lo cambia por el régimen retributivo específico (7).

Este régimen retributivo específico se desarrolló en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la producción energética a

(7) RUIZ DEL OLMO y DELGADO PIQUERAS (2014: 79-94) explican la evolución del régimen retributivo especial al régimen retributivo específico, poniendo especial énfasis en las novedades que incorpora el nuevo sistema retributivo en la Ley 23/2014, cuando aún no se habían aprobado los reglamentos que la desarrollan. Ya se anuncian aquí los recursos interpuestos ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Supremo, además de las reclamaciones internacionales fundamentadas en el Tratado de la Carta de la Energía. En la misma línea se encuentra el trabajo de ARANA GARCÍA (2014: 136-142) que da cuenta de la novedad y complejidad del régimen retributivo específico y destaca que «nos encontramos ante una reforma total y absoluta, sin parangón en nuestro país ni en el Derecho comparado». También critica las sentencias del Tribunal Supremo que se habían pronunciado a favor de las normas reglamentarias y hace referencia a las demandas internacionales de arbitraje presentadas contra nuestro país en ese momento.

partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicadas a determinadas instalaciones de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. El problema es que las nuevas normas no contienen disposiciones transitorias o algún mecanismo compensatorio que garantice un cambio paulatino de un régimen favorable para las empresas a otro, sino que, por el contrario, se basa en premisas totalmente nuevas, vulnerando, en nuestra opinión, el principio de seguridad jurídica y confianza legítima que debe regir un mercado altamente regulado, como es el sector eléctrico.

El nuevo modelo de retribución se fundamenta en los principios de participación en el mercado, aseguramiento de una rentabilidad razonable y empresa eficiente y bien gestionada. Los reglamentos de desarrollo convierten esos términos en conceptos normativos estandarizados que, en algunos casos, no se corresponden con la realidad y, en otros, dan lugar a importantes pérdidas económicas para las empresas (8). Por otra parte, si antes se fomentaba la cantidad de energía producida, es decir, las instalaciones más productivas, ahora el sistema descansa sobre la potencia instalada y la eficiencia de costes.

El problema se plantea con las instalaciones preexistentes, aquellas que ya estaban proyectadas o puestas en marcha antes de la reforma normativa. A éstas se les impone la obligación de acudir al mercado, desapareciendo el anterior sistema de tarifas reguladas. No obstante, la Ley les asegura una rentabilidad razonable que girará sobre el rendimiento medio de las obligaciones del Estado en el mercado secundario a diez años, incrementado en un diferencial que actualmente se fija en 300 puntos básicos. Esta rentabilidad razonable, antes de impuestos, se determina en este momento en el 7,39%, aunque puede cambiar porque los parámetros retributivos están sujetos a revi-

(8) ALONSO MAS (2017a: 311-352) hace un estudio pormenorizado y crítico de los distintos elementos de cálculo del régimen retributivo específico y de los problemas jurídicos y económicos que plantea. Este trabajo es complejo por la utilización de conceptos normativos más vinculados al ámbito de la Economía que al del Derecho, pero resulta muy interesante para comprender el sector y las normas que lo regulan. Critica la autora que estamos ante valores estandarizados que pueden estar alejados de los valores reales que resulten de la contabilidad de la instalación. La dificultad técnica de estas operaciones hace que la regulación no sea transparente, por lo que el inversor no conoce con exactitud la retribución que le corresponde. Estos modelos, que son conceptos normativos estandarizados, en los que no se pueden subsumir todo tipo de instalaciones, ha llevado al cierre de empresas y a la pérdida de beneficios de las que se han mantenido en el mercado, cuyos inversores han visto reducidas sus ganancias. En el mismo sentido se pronuncia ARANA GARCÍA (2014: 136-142), quien explica el régimen retributivo específico de forma más sencilla para los que no están familiarizados con los conceptos técnicos.

sión cada seis años, divididos en dos semiperiodos de tres años en el caso de las energías renovables, lo que supone un atentado contra el principio de seguridad jurídica (9).

Las restricciones llegan a tal punto que las instalaciones que habían alcanzado con anterioridad a esa fecha la retribución que el Estado consideraba razonable ya no tenían derecho a ninguna ayuda, por lo que algunos promotores no han podido ni cubrir costes ni asegurarse una rentabilidad razonable. Como apunta ALONSO MAS, «para las nuevas instalaciones se tiene en cuenta la retribución percibida bajo el sistema 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 al sistema, nada le corresponderá percibir con arreglo a la nueva regulación» (10).

Así pues, el cambio con carácter retroactivo de los presupuestos regulatorios en que se apoyaron los inversores nacionales y extranjeros para llevar a cabo sus proyectos tuvo como consecuencia directa un notable recorte de la rentabilidad de los mismos y, en algunos casos, el cierre de instalaciones que todavía estaban pagando los créditos a las entidades financieras.

Estas controvertidas y complejas normas han sido objeto de impugnación y de reclamación de responsabilidad patrimonial ante los Tribunales españoles, tanto ante el Tribunal Constitucional, que ratificó la validez de las normas con rango de ley, como ante el Tribunal Supremo, que convalidó los reglamentos que las desarrollan, si bien hubo tres de los siete magistrados que componen la Sala Tercera que emitieron votos disidentes (11). Por su parte, los inversores extranjeros todavía tenían abierta una vía jurisdiccional internacional basada en la infracción del Tratado de la Carta de la Energía.

(9) GARCÉS SANAGUSTÍN (2014: 28) critica que el regulador ha convertido una actividad industrial en una mera actividad financiera en la que no se tiene en cuenta la complejidad tecnológica del sector eólico ni su mantenimiento. El hecho de aplicar fórmulas matemáticas a todas las tecnologías carece de sentido en negocio industrial. Esta consideración coincide con la de ARANA GARCÍA (2014: 138), que opina que referenciar la rentabilidad razonable al rendimiento de las obligaciones del Estado a diez años no tiene ningún sentido, pues estamos ante un indicador que se utiliza para analizar rendimientos de instrumentos de deuda y nunca para retribuir activos a efectos de actividades económicas, aunque sean reguladas.

(10) La cita corresponde a ALONSO MAS (2017c: 4), en el trabajo dedicado a comentar el caso *Eiser*. GARCÉS SANAGUSTÍN (2014: 55 y 65) apunta que los promotores de energías renovables se convierten en cuasi-concesionarios, debido a las gravosas situaciones jurídicas que soportan, colocándose en peor situación que si se hubiesen visto afectados por el ejercicio de las potestades sancionatorias y expropiatorias. Al menos en estos casos el ordenamiento jurídico les otorga unas garantías económicas, materiales y de procedimiento.

(11) Son muchos los trabajos dedicados a comentar las sentencias del Tribunal Supremo y los votos disidentes de los magistrados. Por todos ver ARANA GARCÍA (2014: 142-149); ALONSO MAS (2017a: 300-303); y REQUENI RODRIGO (2017: 372-381).

III. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA Y LOS TRIBUNALES ARBITRALES

El Tratado de la Carta de la Energía (TCE) es el primer Tratado multilateral para la promoción y cooperación en el sector de la energía. Fue firmado el 17 de diciembre de 1994 y entró en vigor el 16 de abril de 1998. En 2005 se actualizó con la finalidad de responder adecuadamente a los retos de la globalización de los principales aspectos de la energía: seguridad, sostenibilidad y eficiencia (12).

Una de las principales finalidades es la protección de las inversiones en actividades económicas en el sector de la energía. En este sentido, se establecen una serie de medidas destinadas a garantizar las inversiones de entidades tanto públicas como privadas en cualquiera de los Estados signatarios del TCE, de forma que tales inversiones no estén a expensas de los cambios políticos, legislativos y de otro tipo. Con dicha finalidad, este Tratado fija ciertos requisitos jurídicos que se encuentran en la mayoría de los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversiones, entre los que destacamos, a nuestros efectos, dos disposiciones consideradas básicas en relación a esta cuestión.

El art. 10 TCE establece que las partes contratantes han de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes realicen inversiones en su territorio. Entre esas condiciones está el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de otras partes contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozan asimismo de una protección y seguridad completas, y ninguna parte contratante puede perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación. Cada parte contratante ha de conceder en su territorio a los inversores extranjeros un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones de sus nacionales, siendo de aplicación la situación más favorable.

El art. 13 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 efectiva.

Estos dos principios, comunes a la mayoría de los tratados de inversión, son el fundamento de la protección que el TCE otorga a los inversores.

Por otra parte, el art. 26 aborda la resolución de controversias entre un inversor y un Estado contratante, receptor de la inversión. El precepto pide que, en la medida de lo posible, las controversias se resuelvan amigablemente. Si

(12) LÓPEZ-IBOR MAYOR (2015: 23). DEL GUAYO CASTIELLA (2016: 52).

no es posible, el inversor afectado puede optar por someter una controversia para su solución ante los tribunales ordinarios o administrativos de la parte implicada, o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado. También permite acudir al sistema de arbitraje o conciliación internacional.

Si el inversor opta por el arbitraje, la controversia se somete al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), o a 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 (CNUDMI), o a un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En virtud de esta previsión, se crea un tribunal que decide cuestiones en litigio con arreglo al TCE y a las normas del Derecho internacional aplicables.

El CIADI es una institución del Banco Mundial con sede en Washington y su régimen de arbitraje está sujeto al Convenio del CIADI y a normas que son independientes de cualquier Derecho estatal. Los laudos arbitrales son directamente ejecutados por este tribunal arbitral en los Estados contratantes del CIADI, y los recursos contra los mismos están limitados a mecanismos de revisión del procedimiento por el mismo tribunal arbitral (13).

Esta institución resulta muy útil a los inversores extranjeros, quienes pueden litigar contra un Estado en igualdad de condiciones, porque en estos procedimientos no se tienen en cuenta los privilegios y las potestades de los Estados que derivan de su soberanía. Pero también ha sido objeto de muchas críticas que cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones por situar en el mismo plano intereses económicos de naturaleza privada con intereses de carácter general defendidos por los Estados.

La forma de proceder de este tribunal arbitral se ha convertido en un lucrativo negocio en el que se multiplican los conflictos y las demandas de arbitraje, creando una desventaja comparativa para los inversores nacionales y las pequeñas y medianas empresas, que no podrán acudir a este mecanismo de resolución de conflictos porque no tienen legitimación. LÓPEZ RODRÍGUEZ añade

(13) Sobre las particularidades del arbitraje de inversión como método de resolución de controversias ver LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 34). Dentro de los distintos tribunales arbitrales, el más común es el CIADI, institución del Banco Mundial. Todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Polonia, son parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor en 1966. El régimen de arbitraje del CIADI es aplicable a la resolución de disputas entre nacionales de Estados contratantes del CIADI y otros Estados contratantes del CIADI, donde los primeros han realizado una inversión. Otros foros ampliamente aceptados en el arbitraje de inversiones, aunque en menor medida, son los tribunales *ad hoc*, como el UNCITRAL o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

a las críticas anteriores la complejidad de los procedimientos y la falta de consistencia de las soluciones (14).

Todo ello está íntimamente relacionado con la globalización económica, que ha llevado a la uniformidad del Derecho internacional, en el que los Estados ven minusvalorada su capacidad normativa a favor de las grandes compañías de asesoría jurídica y económica, agentes privados que tienen gran influencia en la producción normativa, y que son los que asesoran a las empresas multinacionales. Un ejemplo de ello es la compañía *Allen & Overy* (Londres), la firma que ha representado a todos los demandantes que han ganado los litigios en materia de energías renovables en los tribunales arbitrales del CIADI. Ha de tenerse en cuenta que a través de la labor de consultoría, compañías privadas están incidiendo en la formulación de políticas públicas y en la regulación de las actividades económicas, sustituyendo a los entes públicos en su potestad regulatoria (15).

(14) LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 35-37). La autora critica el arbitraje del CIADI porque lo considera más cercano a los intereses de las grandes compañías que a los Estados. «*Se aduce que el arbitraje de inversiones es una privatización intolerable de la justicia, puesto que las controversias de inversión no se originan en una relación de reciprocidad, sino en un contexto regulatorio. A este respecto, la resolución de este tipo de controversias se asemeja más al control judicial de la actividad de la Administración Pública que al arbitraje comercial, donde sólo se atiende a los intereses de las partes*». Para BELTRÁN DE FELIPE (2007: 35), mientras los tribunales nacionales están sometidos al imperio de la ley, los tribunales arbitrales están más interesados en proteger los derechos de los inversores que de hacer justicia. Su objetivo es proteger una parte frente a la otra, no hacer justicia neutral o imparcial. Ello puede conducir a no tener en cuenta los intereses del Estado de que se trate. En la misma línea se pronuncia CORDERO ÁLVAREZ (2007: 143), que califica a los tribunales arbitrales de tribunales privados en el que se imparte justicia privada.

(15) GONZÁLEZ GARCÍA (2004: 18-19, 27-28) pone de manifiesto la realidad de la globalización económica que lleva consigo la globalización del ordenamiento jurídico, en el que ahora participan compañías privadas dedicadas a la consultoría legal y económica de las grandes empresas multinacionales. El Derecho de la globalización se caracteriza por la uniformidad y el carácter desregulador. La uniformidad impone que las normas se apliquen en territorios lo más amplios posibles, para que pueden entrar todos los inversores que lo deseen y aprovechar las ventajas económicas que puedan derivar para las empresas. La desregulación no significa *arregulación*, sino *huida del Derecho Público*, que nos lleva a la sustitución del *hard law* por el *soft law*, y a la contractualización del Derecho en el refuerzo de los instrumentos de resolución de controversias. De tal modo que la desregulación no supone la ausencia de normas, sino que equivale a un desplazamiento de la capacidad normativa. En este sentido, son los operadores privados los que más han contribuido a su materialización, desplazando, paralelamente, la carga económica hacia los sujetos más débiles, concretamente los usuarios de los servicios. En efecto, en el caso que nos ocupa, las cantidades a las que condenan los laudos arbitrales deberían ser cargadas en los Presupuestos Generales del Estado o, en el peor de los casos, en la factura de la luz. En todo caso, el pago correspondería a los ciudadanos españoles.

IV. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR EL RÉGIMEN DE APOYO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES A LA LUZ DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LOS CASOS CHARANNE Y EISER

España, al modificar su régimen especial de generación de electricidad a partir de fuentes de energías renovables, pudo incurrir en la vulneración de las obligaciones que tiene establecidas en el TCE.

Las compañías energéticas internacionales y los fondos de inversión han presentado demandas de arbitraje internacional contra el Estado español por las sucesivas reformas operadas en el régimen especial de las energías renovables, especialmente por las últimas modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Ello no tendría mayores consecuencias si los principios de seguridad jurídica y confianza legítima tuvieran un desarrollo paralelo en la jurisdicción nacional e internacional, pero como ya hemos apuntado en la introducción de este trabajo, no ha sido así.

Sin embargo, la cobertura del trato justo y equitativo hacia el inversor extranjero se ha convertido en un trato discriminatorio para el inversor nacional por el hecho de que el inversor extranjero gozaría de una doble protección, nacional e internacional, de la que carece el inversor nacional.

En este apartado haremos un breve comentario del caso *Charanne*, en el que se dio la razón al Estado español, y un análisis más exhaustivo del caso *Eiser*, que contiene la argumentación jurídica que seguirán el resto de los laudos condenatorios contra España.

1. El laudo *Charanne*

Se analizará aquí el laudo de arbitraje N° 062/2012, de 21 de enero de 2016, dictado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, que resuelve el caso *Charanne B.V. y Construction Investment S.A.R.L contra el Reino de España* que dio la razón a España y abrió el camino a las demás empresas para formular sus reclamaciones ante otros tribunales arbitrales (16). Pocos meses después se adoptó el laudo del caso *Isolux Infrastructure Netherlands B.V.* que también se resolvió a favor de España con los mismos argumentos.

Las dos empresas demandantes, dedicadas a la construcción y explotación de plantas de energía solar fotovoltaica, acudieron a la Cámara de Comercio de Estocolmo para reclamar la responsabilidad del Estado español

(16) HERNÁNDEZ MENDIBLE (2017: 237-251) analiza el laudo *Charanne* siguiendo la evolución de la reforma energética en el contexto de las obligaciones contraídas en el Tratado de la Carta de Energía. Vid. ALONSO MAS (2017c: 4-7). Esta autora nos explica la regulación de los laudos desde un conocimiento profundo del régimen económico de las energías renovables.

por las pérdidas derivadas de los cambios legislativos aprobados por España en 2010, bajo el auspicio del TCE.

Las normas discutidas fueron el Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto 1640/2010, por los que se regulaban y modificaban determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y cuya finalidad era limitar las primas que recibían las energías renovables por la venta de energía. Los demandantes alegaron que, una vez establecidas las reglas del régimen especial en la generación de energía eléctrica en el Real Decreto 661/2007, se modificó el régimen regulatorio estableciendo unas condiciones menos ventajosas que las anteriores, vulnerando sus expectativas legítimas.

El Tribunal arbitral argumentó que esas normas reglamentarias que existían en el momento de la inversión y que fueron después modificadas, no pueden constituir un compromiso específico, porque *«convertir una norma reglamentaria en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de los sujetos constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general»* (17). La obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las empresas no implica que el marco regulatorio deba mantenerse inalterado. El marco regulatorio del sector energético no puede permanecer inmutable a lo largo de toda la vida útil de la instalación, pues esto supondría su congelación a lo largo de los años aunque cambiaran las circunstancias económicas o tecnológicas, quedando limitado cualquier cambio. Es decir, no existía un compromiso específico del Estado con los inversores, porque nos encontramos ante normas generales y abstractas que se habían modificado por la aparición de nuevas circunstancias.

Las modificaciones que se produjeron en 2010 no suprimían las características esenciales del sistema retributivo, pues los operadores siguieron recibiendo una tarifa primada, aunque más reducida. Por tanto, ni se violaron las expectativas legítimas del inversor ni hubo inobservancia del trato justo y equitativo que debe proporcionar el Estado español a los inversores extranjeros.

En la decisión arbitral se desestimó la demanda y se rechazaron el resto de las pretensiones formuladas por los demandantes, condenándolos de manera conjunta y solidaria a pagar los costos del arbitraje.

Destacamos también el voto disidente del árbitro *Guido Santiago Tawil* que manifestó su disconformidad con el alegato a las expectativas legítimas que integran el estándar de trato justo y equitativo, resolviendo que el ejercicio de la potestad del Estado afectaba a los derechos adquiridos y a las expectativas legítimas porque las demandantes habían realizado sus inversiones en función

(17) Laudo *Charanne*, parágrafo 493.

del régimen especial del Real Decreto 661/2007 y les había provocado un perjuicio sin establecer una compensación adecuada (18).

2. El laudo *Eiser*

El laudo arbitral del CIADI *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg contra el Reino de España*, de 4 de mayo de 2017 (19), condena a España a pagar 128 millones de euros más intereses, a favor de un inversor británico y otro luxemburgués que crearon en nuestro país tres plantas solares de gran capacidad.

Elegimos comentar este laudo por ser el primero que enjuicia las modificaciones normativas que se llevaron a cabo a partir del Real Decreto Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Sus razonamientos jurídicos han jugado un importante papel en los otros cuatro conflictos que ha perdido España ante los tribunales arbitrales por violación de sus obligaciones internacionales tal y como están contempladas en el TCE (20). Si bien un laudo arbitral no constituye un precedente vinculante para otros casos, puede tener gran relevancia en otros procedimientos arbitrales sobre energías renovables abiertos contra España por su interpretación de los términos trato justo y equitativo (21).

A) Planteamiento general

Las empresas *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg*, durante el año 2007, invirtieron en el sector de la energía solar concentrada en España (plantas termosolares). Esta decisión se adoptó en el contexto del

(18) Parágrafo 12.

(19) Laudo *Eiser*. Caso CIADI n° ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017.

(20) Recordamos que después de este laudo vinieron las condenas del CIADI por los casos *Novaenergía*, *Masdar* y *Antin*. Sobre el laudo *Eiser* se han publicado varios comentarios, entre los que destacamos los trabajos de FERNÁNDEZ MASIÁ (2017: 666-676) y de IGLESIAS SEVILLANO (2018: 173-193). Este último hace referencia a la STS 2797/2017, de 21 de junio, que rechaza la aplicación del laudo *Eiser*. El autor cuestiona si el laudo referido no debería tener un valor en nuestra jurisprudencia, al menos, interpretativo, con el fin de evitar la desigualdad que se ha producido entre inversores nacionales e internacionales. El trabajo de ALONSO MAS (2017c: 1-17) es el más riguroso desde el punto de vista de la normativa reguladora del sector eléctrico en materia de energías renovables.

(21) LÓPEZ RODRÍGUEZ y NAVARRO RODRÍGUEZ (2017: 204-205). Nos recuerdan las autoras que los tribunales arbitrales no están obligados por el principio *estare decisis*, es decir, no tienen el deber de decidir el caso basándose en el contenido de las decisiones anteriores sobre temas similares; por lo tanto, existe riesgo de inconsistencia en sus fallos. Pero lo más importante es que la protección del inversor extranjero lleve a conclusiones distintas de las establecidas para los inversores nacionales por la jurisdicción contenciosa.

régimen jurídico que entonces estaba en vigor, que preveía una regulación muy favorable para los productores de energías renovables. El marco normativo en aquel momento se concretaba en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, que garantizaba a los inversores una rentabilidad razonable y preveía un régimen especial de producción eléctrica para los productores de energías limpias, y en el Real Decreto 661/2007, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, basada en el sistema de primas.

La situación se complicó cuando el marco normativo fue eliminado y sustituido por otro totalmente distinto, mediante el Real Decreto-Ley 9/2014 y la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico. Como ya hemos apuntado, esas medidas fueron desarrolladas por el Real Decreto 413/2014 y en la Orden Ministerial IET/1045/2014 (a partir de ahora, «paquete normativo 2013-2014»).

Los demandantes, inversores extranjeros, acudieron al tribunal arbitral y alegaron, de conformidad con el TCE, que el nuevo marco jurídico en materia de energías renovables supone una expropiación ilícita de sus inversiones, violación del trato justo y equitativo y sometimiento de las inversiones a medidas exorbitantes.

B) La defensa de España: la excepción intra-UE

El Reino de España, país demandado, alegó en su defensa que en este caso no podía considerarse que los inversores procedían de «*otra parte contratante*», tal y como exige el TCE, pues eran nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y, por tanto, el Derecho comunitario y sus mecanismos de resolución de conflictos deberían ser aplicados preferentemente sobre el TCE. También declaró que había existido una vulneración del art. 344 TFUE en el que se establece que «*los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto a los previstos en los mismos*».

Según la tesis del demandado, el art. 26 TCE excluye las controversias intraeuropeas y, por tanto, el tribunal de arbitraje no puede pronunciarse sobre los derechos de un inversor europeo dentro del mercado interior de la Unión Europea, asuntos sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conserva la autoridad exclusiva en última instancia. Es decir, que el litigio enfrentaba al inversor de un Estado miembro con otro Estado miembro, por lo cual debería sustanciarse ante los tribunales de la Unión Europea (22).

El Tribunal arbitral, para argumentar en contra de la excepción intra-UE, parte de la lectura del art. 26 TCE y del principio de buena fe en la interpre-

(22) Laudo *Eiser*, parágrafos 162 y 163.

tación de los Tratados. En su opinión, debe entenderse que «los redactores de los tratados llevan a cabo su función de buena fe, y que no establecen trampas para incautos con significados ocultos y exclusiones implícitas de amplio alcance» (23).

Asimismo, señala que su jurisdicción se deriva de los términos expresos del TCE y no es una institución del ordenamiento jurídico europeo, por tanto, no está sujeto a los requisitos de dicho ordenamiento jurídico. Tanto la Unión Europea como sus Estados miembros son partes del TCE, y si no hubieran querido la aplicación del mismo, podrían haber hecho en el momento de su ratificación una advertencia formal de que el Derecho de la Unión Europea prevalecería sobre el TCE por medio de una figura como la cláusula de desconexión. Tal cláusula no existe y, por tanto, la jurisdicción de este Tribunal arbitral se deriva de la adhesión a un Tratado vinculante en virtud del Derecho internacional. Literalmente se indica que

«No estamos ante una institución del ordenamiento jurídico europeo y, por tanto, no está sujeto a los requisitos del dicho ordenamiento jurídico. Cualquier operación de interpretación del TCE debe hacerse con arreglo al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual la regla fundamental es la interpretación de buena fe según el sentido corriente de los términos del tratado en su contexto» (24).

El Tribunal arbitral no acepta que el TCE incluya una excepción implícita de prohibición de demandas intra-UE, ni que se pretenda privar al tribunal de su jurisdicción arbitral en virtud de lo dispuesto en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, por lo que no existe ningún motivo que impida a España someter la diferencia a arbitraje. De esta forma, se establece una separación radical entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea.

C) El significado del estándar trato justo y equitativo

Se plantea en este punto en qué medida la protección que ofrece el Derecho internacional a los inversores y, en particular, la obligación de otorgar a éstos un trato justo y equitativo puede dar a la responsabilidad patrimonial del Estado receptor de la inversión (25).

El Tribunal afirma que los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a las necesidades públicas y cambiantes. En este sentido, los inversores no

(23) *Ibidem*, parágrafo 186.

(24) *Ibidem*, parágrafo 207.

(25) *Ibidem*, parágrafo 362. FERNÁNDEZ MASÍÁ (2017: 675).

podían esperar que la regulación del Real Decreto 661/2007 permaneciera inmutable en el tiempo. Sin embargo, la obligación de otorgar trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente, perjudicando gravemente a los inversores hasta el punto de que las inversiones no tengan ningún valor.

El cambio producido por el «*paquete normativo 2013-2014*» consagraba un nuevo régimen regulatorio completamente distinto de aquel bajo el que se realizó la inversión y, además, se aplicó no sólo a las plantas nuevas sino también a aquellas que ya habían sido instaladas, registradas y puestas en servicio.

Este nuevo régimen contempla un sistema que utiliza una hipotética nueva planta tipo para calcular la remuneración de las plantas existentes. La elaboración y diseño de este sistema no toman en consideración las características reales y los costos verdaderos asociados a la construcción y financiación de las plantas instaladas y en funcionamiento. Así pues, en la práctica se ha producido una importantísima reducción de los ingresos previstos conforme al marco regulatorio inicial, que no han permitido siquiera hacer frente a las deudas contraídas con las entidades bancarias.

Por otra parte, el concepto de rentabilidad razonable acuñado para el nuevo sistema, que se estima en el 7.39% antes de impuestos, no resulta adecuado, ya que este referente se basa en una inversión de poco riesgo con un margen de beneficios muy bajo, que no se ajusta a las inversiones reales, lo que pone en tela de juicio la justicia y equidad del cambio regulatorio (26).

La obligación de otorgar un trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes deben mantener cierta estabilidad y, en este sentido, el TCE protege a los inversores frente a un cambio total e irrazonable (27), como ha ocurrido en este caso. De hecho, si éstos hubieran podido conocer en el momento de la inversión estos cambios normativos no hubieran realizado esas inversiones.

El Tribunal afirma que hubo retroactividad en las normas discutidas porque se aplicaron sobre instalaciones que fueron financiadas y construidas sobre la base de un régimen regulatorio muy distinto. Sin embargo, no entra a valorar si se ha producido o no una expropiación ilegítima, como alegaban las demandantes.

Por lo tanto, resuelve que España violó la obligación establecida en el art. 10 TCE de otorgar un trato justo y razonable y, a continuación, procede a calcular la compensación económica que les corresponde a las empresas inversoras.

(26) Para un estudio en profundidad del laudo *Eiser* basado en el sistema retributivo de las instalaciones de energías renovables consultar ALONSO MAS (2017c: 13-14).

(27) *Ibidem*, parágrafo 363.

V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

1. Planteamiento general

El contenido de los laudos arbitrales contra España es una cuestión controvertida tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde el Derecho de la Unión Europea. Por una parte, si España no ejecuta los laudos arbitrales estaría violando el Derecho internacional y, por otra parte, el cumplimiento de los laudos podría constituir una violación de la legislación comunitaria, lo cual daría lugar a la apertura por la Comisión Europea de uno o varios procedimientos de infracción.

La Unión Europea ha tomado posiciones frente al problema por el que atraviesa España abriendo un nuevo frente de defensa. Ante las expectativas de los inversores de hacer efectiva las reclamaciones de daños dictadas por los tribunales arbitrales internacionales, la Comisión dicta una Decisión, el 10 de noviembre de 2017, en la que argumenta que cuando un Estado miembro concede ayudas estatales a los inversores de otros países, sin respetar la notificación de esas ayudas, el destinatario no puede, en principio, tener expectativas legítimas sobre la legalidad de las mismas. Cualquier compensación que se le otorgara a un inversor derivada de las reclamaciones de responsabilidad concedidas por un laudo se consideraría ayuda de Estado ilegal.

Este pronunciamiento tiene su antecedente inmediato en el caso *Micula* contra *Rumanía* (28) sobre incentivos en materia de aduanas. El laudo arbitral del CIADI, que ordenó a Rumanía pagar una multa a cinco demandantes, entre ellos *Micula* (29), por violación de las expectativas legítimas de los inversores

(28) Decisión UE (2015) 1470, de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía, laudo arbitral *Micula contra Rumanía*, de 11 de diciembre de 2013, sobre incentivos en materia de aduanas, que alega la salvaguarda de autonomía y primacía del Derecho de la Unión Europea, garantizando que ningún otro órgano jurisdiccional puede vincular a la Unión Europea y a sus instituciones mediante una determinada interpretación del Derecho de la Unión Europea. Durante el transcurso del procedimiento arbitral, la Comisión intervino en el procedimiento en calidad de *amicus curiae* para explicar que los incentivos que allí se discutían eran incompatibles con las normas europeas de materia de ayudas regionales. El laudo arbitral, dictado el 11 de diciembre de 2013, concluyó que, al derogar los incentivos cuestionados, Rumanía había violado la confianza legítima de los demandantes.

(29) Las demandantes eran cinco empresas de los hermanos *Micula* que pedían al tribunal arbitral una compensación por haber suspendido un Decreto de urgencia (24/1998) que establecía exenciones al pago de derechos de aduanas, exenciones al impuesto sobre el valor añadido de determinados bienes, restituciones de derechos de aduana sobre materias primas y exenciones al pago de impuestos sobre los beneficios obtenidos por las inversiones,

bajo el Tratado Bilateral de Inversión Rumanía-Suecia, iría contra la prohibición de ayudas estatales recogidas en el art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El Tribunal de Bucarest concedió la ejecución del laudo, pero la Comisión requirió a Rumanía su paralización hasta no emitir una decisión final sobre la compatibilidad de la misma con el mercado interior. Entretanto, se incoó un procedimiento contra Rumanía considerando dicho pago como ayuda estatal. Al final, la Comisión confirmó que la indemnización constituiría una ayuda estatal ilegal e incompatible con el mercado interior. Este argumento, sin embargo, fue rechazado por el Tribunal del Estado de Nueva York, señalando que los laudos del CIADI no pueden ser revisados en cuanto al fondo.

2. La Decisión C(2017)7384 de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017

La Decisión C(2017) 7384 final, de 10 de noviembre, sobre las ayudas estatales de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, tiene su origen en el procedimiento preliminar de examen de ayuda de Estado que planteó España.

Este procedimiento examina, en el marco de las reglas europeas de ayudas de Estado, el sistema retributivo de las energías renovables en España instaurado desde la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013, y el anterior, basado en las primas. La resolución es favorable, ratificando la legalidad del sistema español de apoyo a las energías renovables por no existir sobrerretribución e incorporando también los anteriores sistemas, que quedan validados. Lo curioso de esta norma vinculante es que hace referencia a los arbitrajes internacionales contra España dictados en aplicación del TCE, especialmente al caso *Eiser*.

En la parte final se posiciona a favor de España y señala que los laudos internacionales, cuando son de inversores que provienen de otros Estados miembros de la Unión Europea, no pueden aplicarse en la Unión Europea, y cualquier disposición que establezca este tipo de arbitrajes es contraria al Derecho de la Unión teniendo en cuenta los principios de libertad de establecimiento, libertad de servicios y libre circulación de capitales. La efectividad de los laudos pondría en peligro los principios generales de primacía, unidad

todos ellos aplicables hasta 2009. Tras la derogación de los incentivos establecidos en el Decreto, los hermanos *Micula*, de nacionalidad sueca, solicitaron, de conformidad con un tratado bilateral de inversiones, una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la derogación los anteriores incentivos. Decisión UE 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, DOUE L 232, de 4 de noviembre de 2015.

y eficacia del Derecho de la Unión Europea, confianza mutua y seguridad jurídica (30).

Ante el riesgo de conflictos entre un Tratado internacional y el Derecho de la Unión Europea, el tribunal arbitral deberá aplicar la legislación de la Unión Europea, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Asimismo establece que cualquier compensación que se le otorgara a un inversor derivada de las reclamaciones de responsabilidad concedidas por un laudo se consideraría ayuda de Estado ilegal, puesto que los tribunales arbitrales no son competentes para autorizar la concesión de una ayuda estatal. Por tanto, no existe ninguna violación del trato justo y equitativo, ya que ningún inversor puede tener una expectativa legítima derivada de una ayuda estatal ilegal. Haciendo especial referencia al caso *Eiser*, afirma que si España pagara a estos inversores la cantidad a la que ha sido condenada, esta compensación constituiría una ayuda estatal de declaración obligatoria.

3. La compatibilidad de las ayudas de Estado en materia de energías renovables

Para conocer el esquema normativo que ha aplicado la Comisión al llamado régimen retributivo específico, que, como hemos apuntado, ha quedado validado, deberemos hacer referencia a la doctrina asentada por el TJUE en lo referente a los sistemas de apoyo a las energías renovables, y también a las Directrices 2014-2020 (31), que constituyen el parámetro jurídico que ha servido para establecer la compatibilidad del régimen retributivo específico con el sistema de ayudas de Estado.

El art. 107 TFUE declara, con carácter general, que serán incompatibles con el mercado interior las ayudas otorgadas por los Estados miembros con fondos estatales. Existe una consolidada jurisprudencia del TJUE de acuerdo con la cual, para que nos encontremos ante una ayuda estatal es preciso que: a) exista una ventaja competitiva para las beneficiarias de la ayuda; b) que ello incida o pueda incidir en los intercambios comunitarios; c) que la medida sea selectiva o falsee o pueda falsear la competencia; y d) que la medida haya sido financiado por el Estado o proceda de fondos estatales (32).

(30) La mayoría de los inversores pertenecen a los Estados miembros de la Unión Europea; incluso *Masdar*, que es un fondo de Abu Dabi, tiene una filial en Holanda.

(31) Comunicación de la Comisión. *Directrices sobre ayudas en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020*. (2014/C 200/01).

(32) ALONSO MAS (2017b: 100-132). El trabajo citado estudia cada uno de los requisitos desde el punto de vista de la jurisprudencia europea, haciendo especial referencia al último de ellos por los problemas que plantea.

Hay que tener en cuenta que no sólo se consideran ayudas estatales las que provienen de los fondos públicos, sino también los beneficios fiscales o cualquier otro concepto que suponga una merma de los ingresos del Estado. El TJUE se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre los sistemas de apoyo a las energías renovables, haciendo hincapié en el problema de que la ayuda provenga de fondos estatales o no.

El primer fallo sobre los sistemas nacionales que consistían en otorgar primas a la generación (*Feed in Tariff*) fue la Sentencia TJUE, de 13 de marzo de 2001, que dirimía el caso *Caso PreussenElektra AG contra Schleswig AG*, asunto C-379-98. Esta sentencia, que resolvió una cuestión prejudicial, determinó que el régimen privado que había establecido la Ley alemana, que obligaba a las empresas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro a un precio superior al del mercado, no podía calificarse como una ayuda de Estado, cuando el sobrecoste en que incurrían es financiado con sus propios recursos por dichas empresas y otras empresas distribuidoras, sin comprometer en ningún caso fondos estatales. De esta forma, declaraba que, en la Unión Europea, eran posibles ciertas restricciones a la libre circulación de energías renovables, siempre que estuvieran justificadas en el interés ambiental.

Sin embargo, la rápida evolución del sector eléctrico y la intensa penetración de las energías renovables llevó a un cambio de criterio, y así se desprende de la Sentencia TJUE, de 19 de diciembre de 2013, sobre el asunto *Association Vent de Colère y otros*, C262/12. Esta Sentencia considera ayuda de Estado el mecanismo de compensación de sobrecostes en que incurrían las empresas francesas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico a un precio superior al del mercado, cuya financiación recae en los consumidores finales, previsto en la Ley francesa 2000-108, de 10 de febrero. Para compensar ese sobrecoste la Ley francesa había creado la Caja de Depósitos y Consignaciones, organismo público que gestionaba las tasas obligatorias fijadas anualmente por el Gobierno francés a pagar por los consumidores de electricidad. La naturaleza pública de este ente lleva al TJUE a concluir que los pagos que se realizan tiene la consideración de ayudas de Estado.

Podemos observar que los casos *Preussen Elektra* y *Asociation Vent de Colère* eran muy similares. Sin embargo, en el primero se consideró que no existía ayuda porque no estaban en juego fondos estatales, mientras que en el segundo se afirmó lo contrario (33).

(33) Ver una exposición de la evolución de la doctrina del TJUE en materia de sistemas de apoyo a las energías renovables en GALÁN VIOQUE (2017: 81-82). ALONSO MAS (2017b: 118 y 121). El TJUE ha señalado que «para que exista una ayuda pública no es necesario

Esta misma línea jurisprudencial se repite en la Sentencia del TJUE, de 10 de mayo de 2016, recaída en el asunto T-47/15, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, en la que este Estado recurría la Decisión UE (2015/1585), de 25 de noviembre de 2014, que consideraba parcialmente ilegal el régimen de ayudas de Alemania. Por una parte, la Decisión estimaba que las tarifas reguladas y las primas de mercado, que garantizaban a los productores de electricidad procedente de energías renovables un precio más elevado que el del mercado, era compatible con el mercado interior. Por otra parte, consideraba que la obligación de compra de esta electricidad por los gestores de red a precios mínimos suponía una ventaja económica para los productores, al garantizarles, sin ningún riesgo, beneficios superiores a los que obtendrían en el mercado libre.

También se han cuestionado los certificados verdes, el otro sistema de apoyo utilizado por los países de la Unión Europea. El problema se plantea porque en muchos de los sistemas nacionales de certificados verdes se restringe la compra de estos certificados a los emitidos en sus propias fronteras. En Suecia solo se conceden a las empresas que producen energía eléctrica dentro de su territorio, es decir, se puede vender a otros países electricidad, pero no los certificados. De esta forma, la empresa *Ålands Vindkraft*, titular de un parque eólico situado en las Islas Åland (Finlandia), pero que vende energía a Suecia, no puede obtener certificados verdes, porque la normativa sueca exige para ello que la energía se haya producido en territorio nacional sueco. EL TJUE declara que sí cabe limitar territorialmente los sistemas de apoyo en aras a su eficacia, aunque todas las restricciones a la libre competencia deben estar justificadas y no deben ir más allá de lo necesario para lograr el objetivo pretendido (34).

que haya una subvención pública. También hay ayuda pública cuando existe un beneficio fiscal o una disminución de los ingresos estatales». Cuando la medida resulta financiada por el Estado de forma directa no se plantea problemas, es ayuda pública. La cuestión que se dilucida en estas sentencias es si se consideran fondos estatales aquellos que provienen de las empresas de un sector económico, o de los consumidores, cuando dichos fondos, aun procediendo de sujetos privados, se forman en virtud de una obligación de Derecho Público. La respuesta es que si esos fondos procedentes de obligaciones de Derecho Público se gestionan por las propias empresas, no estamos ante una ayuda de Estado. Pero si existe un organismo público o privado, designado o encomendado por el Estado para realizar dicha gestión, estamos ante una ayuda financiada con fondos estatales, porque existiría un control del Estado sobre dichos fondos.

(34) GALÁN VIOQUE (2017: 84-85). En el comentario de la Sentencia *Ålands Vindkraft*, de 1 de julio de 2014, dice que el TJUE se pronuncia a favor de la compatibilidad de los certificados verdes con las ayudas de Estado, aunque esta compatibilidad se condiciona a la situación jurídica existente en ese momento. Ahora bien, en el párrafo 103 de la Sentencia envía «un mensaje subliminal a Estados como España que han reducido tan drásticamente sus sistemas nacionales de apoyo en perjuicio de instalaciones de energías renovables».

Todos estos conflictos han tenido una clara influencia en las Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía (35). La finalidad de este documento es limitar los incentivos progresivamente y conseguir que las energías renovables se incorporen al mercado de la generación en igualdad de condiciones con el resto de las tecnologías. Estas Directrices señalan la necesidad de disminuir las ayudas públicas hasta su práctica desaparición y la completa integración de estas energías en el mercado, así como la importancia de avanzar hacia otros instrumentos y, en particular, hacia mecanismos competitivos de asignación, como los mecanismos de licitación (36). Se dejan fuera de estos mecanismos a las instalaciones que tengan una capacidad eléctrica instalada muy baja y a los proyectos de demostración. La Comisión reconoce que todavía existen tecnologías poco maduras que van a seguir requiriendo de medidas de fomento, por lo que permite a los Estados establecer procedimientos de licitación específicos.

Se distingue entre ayudas a la inversión y ayudas al funcionamiento en energías renovables, aunque estas últimas son más restrictivas que las de inversión. Estas ayudas no incentivan un beneficio mayor para las empresas, sino que cubren sus gastos normales de operación. Se limita la autorización de estos regímenes de ayudas a un periodo máximo de 10 años.

Las Directrices, si bien no se consideran normas jurídicas vinculantes para las instituciones europeas y Estados miembros, sí vinculan a la Comisión y establecen de forma transparente cuales son los criterios que deberá tener en cuenta para aprobar o no una ayuda en esta materia (37).

(35) Comunicación de la Comisión «Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía» (2014/C 200/01)

(36) Sobre las ayudas de Estado a las energías renovables ver ESTOA PÉREZ (2015: 87-12). En este trabajo se analiza las nuevas Directrices de la Comisión en materia de ayudas al medio ambiente y la energía. En lo relativo a la generación de renovables, las Directrices adoptan el nuevo enfoque de la Unión Europea consistente en la limitación de los incentivos y la incorporación de la generación renovables al mercado en igualdad de condiciones con el resto de las tecnologías. ALONSO MAS (2017b: 97-157) analiza el concepto de ayuda estatal y su proyección sobre los sistemas de apoyo a las energías renovables.

(37) Sobre el valor jurídico de las Directrices ver PÉREZ RIVARÉS (2011: 16) para quien estamos ante una autolimitación de las facultades de apreciación de la Comisión en materia de ayudas estatales, aunque las califica de *soft law*. ALONSO MAS (2017b: 137) afirma que la finalidad de las Directrices relativas al otorgamiento de ayudas públicas consiste en establecer unas pautas que orienten la actuación de la Comisión cuando ésta examine las ayudas públicas, de forma que se garantice la seguridad jurídica, la confianza legítima y el principio de igualdad de trato en la compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas estatales por parte de la Comisión. Ello sin perjuicio de que, en algún caso, pueda existir un apartamiento justificativo de esas Directrices. Para GALÁN VIOQUE (2017: 86-87) las Directrices tienen «un contenido cuasi-normativo y establecen de forma detallada los requisitos que deben cumplir los distintos regímenes de ayudas nacionales», que pueden ser tanto primas como certificados verdes.

La conclusión que se puede extraer de todo ello es que, si bien los costes que ha traído el sistema retributivo específico de ayuda a las energías renovables han superado el filtro de la Unión Europea, está claro que las indemnizaciones de los laudos no pasarían, de ningún modo, el análisis de compatibilidad de la ayuda estatal con el Derecho europeo, y la Comisión incoaría expediente de infracción contra España. Estas indemnizaciones suponen el pago de una reclamación de responsabilidad patrimonial que debería pagar el Estado directamente a través de fondos públicos, independientemente de que después repercutiera esos costes públicos en la factura de la luz.

Después de todo lo ocurrido en el sector de las energías renovables, tal vez la solución de los futuros conflictos pasaría porque la Unión Europea creara un sistema de resolución de controversias justo e independiente que fuera capaz de ponderar por un lado, los intereses de los inversores ante cambios regulatorios abruptos y perjudiciales y por otro, hasta dónde puede llegar la potestad regulatoria de la Unión Europea y de los Estados miembros (38). En esta línea, IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA nos ofrece otra posibilidad válida e incluso más sencilla desde el punto de vista teórico, como es «*la instauración de mecanismos de cooperación entre distintos tribunales, sobre la base de una relación mutua de confianza legítima*» (39).

No obstante, parece que España reconoce que tendrá que hacer frente a indemnizaciones por reclamación de responsabilidad en materia de energías

(38) Esta posibilidad es la que apunta LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 37 y 39-40) y nos parece la más acertada. No obstante, la creación de ese Tribunal de inversiones de la Unión Europea depende del consentimiento de los Estados miembros y no es una solución inmediata. También señala la autora, en cuanto a los Tratados internacionales, que «*no podemos dejar a los tribunales arbitrales comerciales, dispuestos a favorecer a los inversores, la interpretación de estándares jurídicos abiertos como trato justo y equitativo y expropiación indirecta, para prevenir abusos*». En este trabajo critica el sistema de tribunales de inversión en el ámbito comercial, apunta que la Unión Europea está avanzando hacia un Tribunal de inversiones propio a la luz del art. 207 TFUE, que otorga la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas, convirtiéndose junto a la política comercial común en uno de los principales pilares de la acción exterior de la misma. En este nuevo enfoque se pretende equilibrar los intereses de los inversores con la potestad regulatoria de la Unión Europea y de los Estados miembros. Esta nueva visión respecto de las inversiones extranjeras ha sido introducida en los acuerdos bilaterales de libre comercio firmados por la Unión Europea con Canadá, Singapur y Vietnam, así como en el nuevo borrador de la posición europea sobre el TTIP, incluyendo novedades en cuanto al fondo (normas de protección de la inversión) y al procedimiento (mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado).

(39) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 16). La propuesta de este autor de establecer mecanismos de cooperación entre los distintos tribunales nos parece sumamente interesante. En el comentario a la Sentencia del TJUE, caso *Achmea*, que después analizaremos, apunta que la Unión Europea ha decidido aislar su ordenamiento jurídico del Derecho internacional, pero esto puede ocasionarle muchos conflictos jurídicos en un mundo globalizado en el que los fondos de inversión acuden a los países que mejores condiciones ofrecen.

renovables en la Disposición adicional 119ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, en la que se permite, de forma excepcional, que los superávits de ingresos del sistema eléctrico puedan destinarse al pago de indemnizaciones en ejecución de resoluciones de litigios referidos a normativa del sector eléctrico.

VI. LA PIEZA CLAVE DE LA DEFENSA DE ESPAÑA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES: LA SENTENCIA ACHMEA DEL TJUE, DE 6 DE MARZO DE 2018

1. Planteamiento general

En este apartado se relata la controversia que ha dado lugar a esta Sentencia para comprender cómo los argumentos que utiliza el TJUE pueden ser extrapolables a los conflictos internacionales que sostiene España con los inversores que han acudido al CIADI. Aunque la Sentencia se refiere a un caso en materia de seguros de enfermedad, abre un precedente en el Derecho de la Unión Europea que podría aplicarse también al sector de las energías renovables.

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE), de 6 de marzo de 2018 (asunto C284/16), resuelve una petición sobre la cuestión prejudicial que se presentó en el marco de un litigio entre la *República eslovaca* y *Achmea B.V.* en relación a un laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012, emitido por el tribunal arbitral previsto en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca. El tribunal arbitral condenó a la República eslovaca a pagar a *Achmea* una indemnización de daños y perjuicios de 22,1 millones de euros (40).

En 2004, con motivo de una reforma del sistema sanitario, la República eslovaca permitió el acceso al mercado eslovaco de las empresas nacionales y de otros Estados que ofrecían prestaciones de seguro de enfermedad privado. *Achmea*, una empresa perteneciente a un grupo asegurador holandés, tras haber sido admitida como operadora de seguros de enfermedad, creó una filial en Eslovaquia para operar en este mercado.

Durante 2006, la República eslovaca dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de seguros de enfermedad privados. En particular, mediante una Ley de 25 de octubre de 2007, prohibió la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de enfermedad privado. Posteriormente,

(40) En 1991, Holanda y la República Checa y Eslovaca firmaron un tratado para fomentar las inversiones en ambos países. Estos acuerdos establecían un sistema de arbitraje internacional en caso de disputa. En 2004 la República eslovaca entró a formar parte de la Unión Europea.

el Tribunal Constitucional eslovaco declaró que esta Ley era contraria a la Constitución y, por tanto, Eslovaquia tuvo que autorizar de nuevo la distribución de los mencionados beneficios. *Achmea* estimó que esas medidas legislativas le habían causado un perjuicio económico e inició un procedimiento de arbitraje basado en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, denominado también de forma genérica Tratado Bilateral de Inversiones (en adelante, TBI).

Al haber sido elegido Francfort de Meno (Alemania) como lugar de arbitraje, el Derecho aplicable al procedimiento arbitral es el alemán, aunque el control del laudo se limita a su validez. En el marco del procedimiento arbitral, la República Eslovaca interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Francfort, alegando que, como desde 2004 era Estado miembro de la Unión Europea, el tribunal arbitral era incompetente para conocer el asunto. Dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso mediante resolución que fue recurrida en casación por la República eslovaca ante el Tribunal Supremo Civil y Penal. Este último planteó una cuestión prejudicial en la que pregunta si este tipo de conflictos debe dirimirse o no por un tribunal arbitral, de acuerdo con lo establecido en el art. 8 TBI, o los inversores deberían acudir a los órganos judiciales de la Unión Europea (41).

El fallo de la STJUE declara que la disposición del art. 8 TBI acordado entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede iniciar, en caso de controversia, un procedimiento ante un tribunal arbitral, vulnera los artículos 267 y 344 TFUE.

En suma, según el TJUE los arbitrajes intracomunitarios de inversiones son contrarios al Derecho de la Unión porque pueden impedir la interpretación y aplicación de dicho ordenamiento jurídico.

2. El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea

La primacía del Derecho de la Unión Europea con respecto al Derecho de los Estados miembros está totalmente aceptada en el plano teórico, pero

(41) Las conclusiones del abogado general fueron totalmente contrarias al pronunciamiento de la Sentencia *Achmea*. En su informe se defiende la compatibilidad del arbitraje internacional de inversiones con el Derecho de la Unión Europea. La cláusula de arbitraje incluida en el acuerdo celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia no implica una discriminación basada en la nacionalidad, es compatible con el procedimiento de remisión prejudicial y no menoscaba ni el orden de competencias fijado por los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión. Ver Conclusiones del abogado general M. Wathelet, de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16.

lo que se pretende dilucidar es si tal primacía existe también con respecto al Derecho internacional y, en concreto, al arbitraje de inversiones.

Para responder a estas cuestiones, el TJUE recuerda que, según reiterada jurisprudencia, «*un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia*» (42). Igualmente reitera la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, justificada por la estructura constitucional de la Unión.

Esta autonomía se caracteriza por proceder de una fuente autónoma constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a sus Estados. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la Unión Europea y a sus Estados miembros (43).

La existencia de una serie de valores comunes compartidos en el art. 2 TUE, según el Tribunal, «*justifica la confianza de los Estados miembros en esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión Europea que los aplica*» (44). Como garantía de esa confianza mutua, los Tratados constitutivos han establecido un sistema jurisdiccional dirigido a preservar sus características específicas.

3. El tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea está formado tanto por el TJUE como por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (art. 19 TUE), lo que implica una cooperación y coordinación que se lleva a cabo mediante procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE. La cuestión prejudicial constituye el instrumento fundamental para la salvaguarda del Derecho comunitario y es el cauce por el que se garantiza su interpretación uniforme, su coherencia y plena eficacia.

El TJUE analiza si las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral, contemplado en el art. 8 TBI, pueden tener relación con la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y concluye que «*el tribunal arbitral podrá verse obligado, en su caso, a interpretar o a aplicar el Derecho de la*

(42) Ver Sentencia *Achmea*, párrafo 32.

(43) *Ibidem*, párrafo 33.

(44) *Ibidem*, párrafo 34.

Unión, en especial las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales» (45).

Si bien el procedimiento de remisión prejudicial constituye una garantía del principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, según el art. 267 TFUE, sólo los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden dirigir cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En contra de la opinión del abogado general, la Sentencia afirma el tribunal arbitral no puede calificarse como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros y tampoco puede plantear una cuestión prejudicial al TJUE para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, lo que constituye un impedimento para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión europea, de modo que garantice la plena eficacia de ese Derecho (46).

4. La aplicación del art. 344 TFUE a las controversias inversor-Estado

Según el art. 344 TFUE, «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos». De esta disposición se deduce que solo se dirimen ante los Tribunales de Justicia de la Unión Europea las disputas entre Estados miembros o entre Estado miembros y la Unión Europea. Pero, teniendo en cuenta los argumentos de la Sentencia *Achmea*, ¿podrían los inversores acudir al sistema jurisdiccional de la Unión Europea?

En opinión de IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, los conflictos inversor-Estado deberían estar incluidos en el art. 344. Si el art. 8 del TBI, que se enjuicia aquí, que permite acudir a los inversores a los tribunales arbitrales en este tipo de

(45) *Ibidem*, párrafo 42.

(46) Esta opinión se fundamenta en otros tribunales que sí se consideran órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y, por tanto, están legitimado para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. A este respecto, en el asunto en el que recayó la Sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), el TJUE dedujo que el tribunal que conocía el caso tenía la naturaleza de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» porque constituía, en su conjunto, un elemento del sistema de resolución jurisdiccional de litigios en el ámbito tributario previsto por la Constitución portuguesa. Por otra parte, también considera que el Tribunal de Justicia del Benelux es parte de nuestro sistema jurisdiccional común. El procedimiento ante este Tribunal constituye un incidente en los procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales nacionales, y sirve al objetivo de establecer la interpretación definitiva de las normas comunes a los tres Estados del Benelux, por lo que también tiene competencia para plantear cuestiones prejudiciales.

conflictos, no se considera compatible con los arts. 267 y 344 TFUE, deberemos aceptar que los inversores pueden ser partes demandantes ante el TJUE (47).

Esta opinión, a nuestro juicio, carece de fundamentación jurídica a la vista de los anteriores pronunciamientos del TJUE. No cabe duda de que en este punto el TJUE debería haber sido más claro y explícito, dadas las consecuencias que pueden derivarse de los distintos procedimientos arbitrales que hay abiertos en el sector de las energías renovables. En este sentido nos parece más acertada la propuesta de LÓPEZ RODRÍGUEZ de crear un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea dónde podrían resolverse estos asuntos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (48).

Lo que se deduce de la Sentencia no es que los inversores extranjeros puedan o no acudir a las instancias jurisdiccionales europeas, sino que éstos, grandes compañías multinacionales y fondos de inversión, si están residenciados en un país de la Unión Europea, tienen la nacionalidad de un Estado miembro y, por tanto, en caso de controversia, la legislación comunitaria desplazará a los tribunales arbitrales creados en los tratados de inversión, porque éstos no aseguran la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea.

(47) IRURETAGOYENA AGIRREZABALAGA (2018: 5). La mayoría de la doctrina se ha mostrado contraria a la posibilidad de que los inversores puedan acudir a los Tribunales de la Unión Europea. En este mismo sentido se han pronunciado los distintos tribunales arbitrales cuando se les han sido planteadas cuestiones jurisdiccionales relacionadas con el art. 344 TFUE. En contra de la posición mayoritaria, el TJUE, en el asunto *Achmea* considera que las disputas inversor-Estado están incluidas en el art. 344 TFUE, aunque no lo dice expresamente. Para este autor, el hecho de que las disposiciones de los APPRI intra-UE, que prevén el arbitraje inversor-Estado, deban considerarse incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, necesariamente supone asumir la premisa de que los inversores pueden acudir al TJUE. Como aclaración apuntamos que las siglas APPRI hacen referencia a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Se trata de tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. Su objetivo es proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior. Los APPRI equivalen a los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversión.

(48) LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 39). La necesidad de crear un Tribunal de arbitrajes de inversión en la Unión Europea se fundamenta en la competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras (art. 207 TFUE): «*Esta circunstancia ha hecho que la Unión Europea haya interpretado esta competencia como una oportunidad para intentar un tratamiento comprensivo de los temas de comercio e inversión a nivel europeo, y para proponer una reforma profunda del sistema tradicional de protección de inversiones y de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*». En esta línea ver *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF. [Recuperado el 12 de julio de 2018].

A *sensu contrario* habrá que entender que si un Estado no miembro de la Unión Europea demandara a un Estado miembro ante el CIADI, estaría sujeto a lo que dictaminara el tribunal arbitral, conforme al Derecho internacional. La razón es que este Estado tercero no se encuentra sujeto al ordenamiento jurídico europeo (49).

5. Las posibles consecuencias de la Sentencia *Achmea* en el marco del Tratado de la Carta de Energía

La Sentencia analizada plantea algunas preguntas: ¿La decisión tomada por el TJUE afecta a los arbitrajes intra-UE del Tratado de la Carta de Energía? ¿Significa esto que los fondos de inversiones con sede en los países de la Unión Europea no podrían reclamar en el CIADI por los recortes sufridos en materia de energías renovables?

Podríamos argumentar que el caso que nos ocupa no tiene nada que ver con los conflictos internacionales relativos a las inversiones en energías renovables, porque se trata de un tratado bilateral de inversiones en materia de seguros, pero la realidad es que la STJUE *Achmea* se ha convertido en pieza clave para la interpretación del Derecho de la Unión Europea por los tribunales arbitrales.

Recordemos aquí que esta controversia fue planteada por el Reino de España, sin éxito, en el caso *Eiser*, en la denominada «excepción intra-UE». El tribunal arbitral argumentaba que su jurisdicción derivaba del TCE y no estaba sujeto al ordenamiento jurídico europeo.

Para IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, la Sentencia *Achmea* puede significar el principio del fin de los tratados internacionales de inversión y su sustitución por un nuevo acuerdo intra-UE para todos los Estados miembros que contenga un mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado (50).

GONZÁLEZ GARCÍA señala que la respuesta proviene de la misma Sentencia cuando dice que no está prohibido que se suscriban acuerdos que afecten a la protección de las inversiones extranjeras, pero sí está prohibido que afecten a

(49) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 8). Esta misma posición es defendida por el autor para los Tratados de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio. No obstante, en la nota a pie de página núm. 57 hace referencia a otros autores internacionales que entienden que las decisiones del TJUE en *Achmea* pueden afectar también a Estados terceros.

(50) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 7). Para este autor, desde la Sentencia *Achmea* parece difícil que puedan constituirse nuevos tribunales arbitrales sobre la base de los tratados internacionales de inversiones, ya que tanto desde la óptica del derecho internacional tanto como del derecho de la Unión Europea las disposiciones relativas al arbitraje podrían considerarse incompatibles. Otra cuestión diferente es si los existentes acatarán el fallo de la Sentencia.

la interpretación y validez del Derecho de la Unión Europea. La razón es que en este tipo de arbitrajes se produce una alteración del Derecho aplicable, en la medida en que no se aplican ni el Derecho nacional ni el Derecho de la Unión Europea, sino que todo queda reducido a un estándar jurídico, como es el trato justo y equitativo, que se interpreta de forma negativa (51).

Por su parte, el TCE permite procedimientos arbitrales entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, y además ha sido ratificado tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros.

En principio los argumentos de la Sentencia son extrapolables a los conflictos que tiene abierta España en el CIADI en materia de energías renovables, lo que supone la apertura de una línea de defensa para España, que permitiría impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales creados sobre la base del TCE y solicitar la anulación de los laudos (52). Aun así, resulta difícil creer que los tribunales arbitrales del CIADI vayan a aplicar la Sentencia *Achmea*. Como ya hemos apuntado anteriormente, el CIADI ha dado lugar a un lucrativo negocio del que se benefician despachos profesionales especializados y fondos de inversión, y dado que tiene su sede en Estados Unidos, país de ideología marcadamente liberal, no creemos que esté dispuesto a poner fin al mercado de los arbitrajes (53).

Así se desprende del último laudo arbitral, caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L. y Antin Energía Termosolar B.V. contra el Reino de España*, notificado a las partes el 15 de junio de 2018 (54), cuando ya era

(51) <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/03/07/anulacion-arbitrajes-inversiones-tribunal-justicia-europeo/> [Recuperado el 18 de julio de 2018].

(52) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 8).

(53) GONZÁLEZ GARCÍA (2004: 14-15). Otra vez tenemos que traer a colación la globalización económica y la globalización del Derecho. La globalización del Derecho está conduciendo a su americanización, tanto en lo que afecta a su contenido sustantivo —liberalización— como a los modos de comportamiento de las Administraciones públicas. Esta americanización pretende transponer los modos de funcionar del Derecho estadounidense al resto del mundo. Añadimos aquí que los verdaderos actores del arbitraje internacional son los fondos de inversión internacionales, lo que llamamos coloquialmente «fondos buitres». Son ellos los que han animado y financiado a las empresas para demandar a España ante el CIADI y conseguir cantidades económicas que serían imposibles en cualquier otro foro. Según algunas fuentes periodísticas, al conocer la suspensión del laudo *Novaenergía*, dictado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, los fondos buitres negociaron la compra del laudo *Eiser* con la finalidad de que la empresa se olvidara de los problemas de la ejecución. Si nos enfrentamos con los fondos de inversión, poco podemos hacer en el contexto económico internacional, porque estos capitales no se arredran ante nada ni ante nadie.

(54) Caso CIADI n° Arb/13/31, notificado a las partes el 15 de junio de 2018. *Antin Infrastructure Service Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. contra Reino de España*. *Antin* es una firma francesa de inversión de infraestructuras en la que BNP es socio de la gestora y el principal inversor del fondo con el que arrancó su actividad. La solicitud de

pública la Sentencia *Achmea*, que condena a España a pagar 112 millones de euros.

En el caso *Antin*, se alegó la excepción intra-UE, que tampoco prosperó, al igual que en los laudos anteriores. Durante el procedimiento arbitral, la Comisión Europea presentó en dos ocasiones una solicitud de permiso para intervenir como parte no contendiente. El tribunal arbitral desestimó la primera solicitud porque la parte demandada no había presentado todavía sus objeciones jurisdiccionales; sin embargo permitió la presentación de una segunda solicitud de autorización para intervenir como parte no contendiente. El tribunal arbitral autorizó a la Comisión a presentar un escrito con los argumentos pertinentes sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea con el compromiso de cumplir con cualquier decisión sobre costas ordenada por el tribunal, a lo que la Comisión se negó y notificó que no iba a presentar su solicitud si se le condenaba a costas (55). Es decir, si la Comisión Europea hacía un alegato por escrito en defensa de España, asumiría sus propias costas por su participación como parte no contendiente.

En el otro extremo se encuentra el laudo *Novaenergía* dictado en su día por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que obligaba a España a pagar 53,3 millones de euros —más intereses y costas del proceso— a la sociedad *Novaenergía*, con sede en Luxemburgo. Este laudo fue suspendido en mayo de 2018 por la Corte de Apelación de Suecia, tras el recurso presentado por la Abogacía del Estado. Esta suspensión estaría directamente relacionada con la STJUE que hemos analizado en este apartado.

VII. CONCLUSIONES

En virtud del TCE se han dictado varios laudos arbitrales internacionales que condenan a España a pagar cuantiosas indemnizaciones a inversores extranjeros por el cambio abrupto del régimen retributivo de las energías renovables. La ejecución de estos laudos concedería a los demandantes, empresas y fondos de inversión, una clara ventaja competitiva que tendría incidencia en el mercado eléctrico europeo, y produciría un agravio comparativo a los inversores nacionales que, en el ejercicio de sus derechos, acudieron al Tribunal Supremo español y no vieron reconocidas sus pretensiones.

arbitraje fue registrada el 22 de noviembre de 2013, la demandante está representada por la firma *Allen & Overy*, Londres, y la demandada por la Abogacía del Estado español. *Allen & Overy* ha defendido a *Eiser*, *Masdar*, *Antin* y otros casos aún no resueltos.

(55) Ver párrafos 59 a 67. Este laudo fue publicado íntegramente en el periódico digital *El confidencial*, en inglés el 18 de junio de 2018, recuperado el mismo día, pero ahora no se encuentra allí.

Todo ello ha planteado un serio conflicto sobre la compatibilidad del Derecho internacional, especialmente las decisiones de los tribunales arbitrales dictadas al amparo de los Tratados internacionales de inversiones, como el TCE, y el Derecho de la Unión Europea. Asimismo se ha suscitado un debate acerca de la conveniencia de mantener el sistema de arbitraje de inversión como medio de solución de controversias relativas a inversiones extranjeras.

Son varios los autores que cuestionan la legitimidad de los tribunales arbitrales en materia de inversiones por resultar muy atractivo para los inversores extranjeros, quienes encuentran a su disposición un ámbito en el que los Estados se despojan de sus privilegios y litigan en igualdad de condiciones con las empresas privadas para resolver sus controversias, situando en un mismo plano intereses de naturaleza estrictamente privada con los intereses generales. Esto lleva al desplazamiento del poder regulatorio de los Estados, que se ven privados de su soberanía sin atender a los principios generales que regulan sus ordenamientos jurídicos.

En este contexto, la Comisión Europea, en la Decisión C(2017) 7384, ha establecido que si se ejecutan los laudos arbitrales dictados en contra de España, las indemnizaciones se considerarán ayudas estatales que deberán ser notificadas. En todo caso, esas indemnizaciones resultarían ilegales, si tenemos en cuenta la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo referente a los sistemas de apoyo de energías renovables.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una Sentencia, con fecha de 6 de marzo de 2018, que se considera crucial para la defensa de los intereses de España en materia de energías renovables. El Tribunal entiende que un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias establecido por los Tratados europeos, ni tampoco el principio de autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con los ordenamientos de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional. El arbitraje de inversiones es incompatible con el Derecho de la Unión Europea porque no garantiza la aplicación e interpretación de su Derecho propio.

Esta Sentencia se refiere exclusivamente a controversias de inversiones en las que están implicados únicamente los Estados miembros, o los inversores con sede en esos Estados, que no estarían legitimados para acudir al sistema arbitral contenido en los Tratados internacionales de inversiones.

La pregunta es si el CIADI, un organismo internacional de resolución de conflictos, estará dispuesto a acatar la Sentencia del TJUE y a anular los laudos dictados hasta ahora. Nuestra respuesta, por ahora, es un no rotundo. Después de la publicación de la Sentencia del TJUE, el CIADI ha dictado el laudo *Antin*, que condena a España a pagar 112 millones de euros.

Quizás sea el momento de preguntarse en qué posición queda la Unión Europea en un mundo complejo y globalizado, donde coexisten marcos nor-

mativos que se superponen y complementan. La doctrina especializada en Derecho internacional apunta dos soluciones para salvar este inconveniente: o bien la creación de mecanismos de cooperación entre los distintos tribunales, o bien la instauración de un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea capaz de aplicar los principios del ordenamiento jurídico común en las controversias inversor-Estado.

Sin duda nos encontramos ante un conflicto mediático cuyas consecuencias finales aún desconocemos, pero que está dañando la imagen de España en los mercados internacionales, en los que se presenta como un país poco fiable para recibir inversiones extranjeras en un sector que necesita grandes sumas de capital para expandirse, como es el de la generación de energía eléctrica procedente de fuentes renovables. El debate está servido y el último capítulo de esta historia aún no se ha escrito.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MAS, María José (2017a): «El régimen de apoyo a las energías renovables tras la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 279-359.
- (2017b): «Los sistemas de apoyo a las energías renovables desde el prisma de las ayudas de Estado», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 97-157.
- (2017c): «El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz del Tratado Carta de la Energía: el caso *Eiser* contra España», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 69, pp. 1-17.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2014): «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en José Francisco ALENZA GARCÍA (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 133-155.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2016): «Arbitraje internacional de inversiones y derecho a regular de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, pp. 13-43.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2015): «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, septiembre-diciembre, pp. 171-207.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2007): «El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, pp. 141-180.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo (2016): «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables», *Cuadernos de Energía*, núm. 47, pp. 50-56.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2015): «La limitación de las ayudas de Estado a las energías renovables: las nuevas Directrices de la Comisión europea y el caso español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, pp. 87-112.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2017): «España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, pp. 666-676.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2015): «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 Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dir.), *Estudios Jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (Energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, Madrid, Dykinson, pp. 97-137.
- (2017): «La integración de las energías renovables en el mercado energético», en Roberto GALÁN VIOQUE e Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 69-95.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2014): «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», en esta REVISTA, núm. 43-44, pp. 9-70.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor (2004): «Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, pp. 7-39.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael (2017): «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones sobre fuentes de energías renovables. Caso *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. versus Reino de España*», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 223-253.
- IGLESIAS SEVILLANO, Hector (2018): «Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 173-193.
- IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, Iñigo (2018): «La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, núm. 60, pp. 1-16.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes (2017): «El sistema de Tribunales de inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho Europeo», *Cuaderno Europeo de Deusto*, núm. 57, pp. 29-68.

- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar (2017): «Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema», en Autores Varios, *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 185-213.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente (2015): «Las respuestas internas e internacionales a la protección del inversor en el sector energético: un nuevo reto en una economía globalizada», *Cuadernos de Energía*, núm. 44, pp. 20-34.
- REQUENI RODRIGO, Concha (2017): «La aplicación retroactiva del régimen retributivo específico establecido en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 361-403.
- RUIZ OLMO, Irene y DELGADO PIQUERAS, Francisco (2014): «La nueva regulación de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», en José Francisco ALENZA GARCÍA (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 59-96.