

LA HISTORIA INTERMINABLE DE LAS INDEMNIZACIONES POR CAMBIOS REGULATORIOS: EL CASO *STADTWERKE MÜNCHEN*

THE NEVER-ENDING STORY OF COMPENSATIONS FOR REGULATORY CHANGES: THE *STADTWERKE MÜNCHEN* ARBITRATION

ÁNGEL M. MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 02.05.2020 / Aceptado: 18.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5623>

Resumen: La alteración del régimen jurídico de la energía eléctrica a partir de fuentes renovables puede producir consecuencias negativas para las expectativas económicas y para las cuentas de resultados de las empresas que invirtieron en aquellas instalaciones, sobre todo cuando aquellos cambios regulatorios conllevan una rebaja en el precio de la electricidad allí generada. Ante dicha situación, producida en varios países, las empresas afectadas suelen ejercer acciones legales en demanda de indemnización. En el caso de España, que adoptó un controvertido cambio de regulación en este campo, se han generado numerosos pleitos y procedimientos de arbitraje internacional, del que el caso que se analiza constituye su último exponente, y en el que se recogen unas cuestiones y planteamientos de extraordinaria importancia para el futuro de estos mecanismos resolutorios de conflictos.

Palabras clave: cambio regulatorio, inversión internacional, indemnización, arbitraje.

Abstract: Regulatory changes concerning the generation of electricity from renewable sources can produce negative consequences for the economic expectations and for the benefits of the companies that invested in that sector, especially when those regulatory changes lead to a reduction in the price of the electricity produced in those installations. In those cases, occurring in several countries, the affected firms usually take legal actions in demand for compensation. In the case of Spain, which adopted a controversial regulatory change in this field, numerous lawsuits and international arbitrations have taken place. The case presented here constitutes the latest example of such trend and includes some questions and approaches of extraordinary importance for the future of these conflict resolution mechanisms.

Keywords: regulatory change, International investment, Compensation, Arbitration.

Sumario: I. Introducción. II. Noticia sobre el marco regulatorio español en materia de energías renovables, generador de la diferencia. 1.El contexto político de la toma de decisiones normativas. 2. El marco legal. 3. El “cambio regulatorio” inicial. III. Litigiosidad previa: procesos judiciales, arbitrajes y la sentencia *Achmea* del TJUE. 1. Laudos y litigios. 2. La sentencia “*Achmea*” y su alargada sombra. 3. Posiciones institucionales en el seno de la UE en materia de arbitrajes de inversiones. IV. El procedimiento arbitral *Stadtwerke München*. 1. Marco legal de referencia. 2. La parte solicitante y sus pretensiones. 3. Órdenes procesales invocados por la parte demandada. A) *La parte demandada*. B) La cuestión de la competencia del tribunal y la sombra de la sentencia *Achmea*. 4.- Reclamaciones, réplicas y conclusiones del tribunal. A) No estableció un marco estable para las inversiones del de-

mandante. B) España no dio un tratamiento justo y equitativo a la inversión del reclamante. C) España Provocó un perjuicio a las inversiones del reclamante debido a la adopción de medidas. Irrazonables. D) España no cumplió las obligaciones que había contraído con los inversores. 5. Sentido del fallo y condena en costas. 6. Voto particular. VII. Conclusiones. 1. Relevancia de *Stadtwerke München*. 2. *Stadtwerke München* y el futuro de los arbitrajes internacionales de inversiones. 3. Epílogo: el marco legal actual, ¿nuevos pleitos en lontananza?

I. Introducción

1. Con fecha de 3 diciembre de 2019, un tribunal de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones¹ (en adelante, “CIADI”) dictó un laudo arbitral en el asunto que oponía a las empresas del sector de la energía *Stadtwerke München* y otras contra el Reino de España². En su extenso laudo³, el tribunal de arbitraje volvió a analizar las consecuencias jurídicas de los cambios en el marco regulatorio de las energías renovables, veta que parece inagotable para el arbitraje internacional de inversiones. El “litigio” se suscitó en el marco de una reclamación por indemnización de daños y perjuicios provocada, según las mercantiles, por los cambios introducidos en el marco legal y reglamentario español relativo al fomento de las energías renovables, y su retribución (*vid. infra*).

2. Las sociedades reclamantes alegaron que las modificaciones legales y reglamentarias introducidas en dicho marco, adoptadas por el Gobierno y el Parlamento español, habían alterado sustancialmente el régimen jurídico de la retribución de la electricidad generada en instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes renovables, y que dichas modificaciones, enmiendas y cambios regulatorios les habían provocado daños y perjuicios antijurídicos.

3. La controversia se desarrolló dentro del marco de referencia para el arreglo amistoso de las diferencias, constituido a los efectos orgánicos por el convenio creador del CIADI⁴ y en el plano sustantivo por la Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”)⁵. Como es sabido, este tratado internacional establece mecanismos no jurisdiccionales para la resolución de los conflictos (“diferencias”, en la terminología internacional) que puedan surgir en el sector de la energía entre inversores y Estados. En concreto, los inversores han de tener la nacionalidad de un Estado parte de tal tratado, y realizar inversiones en el territorio de otra “Parte–contratante”⁶.

II. Noticia sobre el marco regulatorio español en materia de energías renovables, generador de la diferencia

1. El contexto político de la toma de decisiones normativas

4. Para entender bien la problemática que subyace bajo este laudo arbitral es preciso aclarar (sobre todo para los legos en este campo) que desde finales de la centuria pasada España se propuso incrementar la *presencia* de las energías renovables en nuestro país (su “penetración” en el mix energético

¹ Compuesto por los Profs. Kaj HÖBER (Suecia), Zachary DOUGLAS (Australia) y Jeswald SALACUSE (Estados Unidos, Presidente).

² *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otras contra el Reino de España*, ICSID Case No. ARB/15/1, de 2 de diciembre 2019.

³ El laudo cuenta con 168 páginas en su versión original inglesa, que es la manejada para esta contribución.

⁴ Convenio para la solución de diferencias de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de Marzo de 1965.

⁵ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

⁶ España ratificó dicho tratado el día 11 de diciembre de 1996. Su texto íntegro se publicó en el *BOE* n° 117, de 17 de mayo de 1997.

nacional)⁷. Esta aspiración era un instrumento necesario para reducir las emisiones nacionales de CO₂ (principal gas de efecto invernadero), pues nuestra patria tenía que cumplir con un conjunto de objetivos de reducción de dichos gases. Estos objetivos, a su vez, dimanaban de los compromisos adquiridos al amparo del Protocolo de Kioto de 1997 (firmado y ratificado por España, así como por la UE), comprometiéndose la Unión en su conjunto, entre otras cosas, a reducir sus emisiones globales de CO₂ en un 8% en el año 2012 como muy tarde (tomando como referencia las cifras históricas registradas en 1990). Además de constituir una herramienta esencial para reducir dichas emisiones (pues una gran parte de ellas han procedido tradicionalmente de las instalaciones térmicas de generación de energía eléctrica), tal desarrollo de las energías de origen renovable habría de subvenir al problema de la tradicional dependencia de terceros países que España y el conjunto de la UE han tenido en el terreno del abastecimiento energético (gas y petróleo).

5. Además, este fortalecimiento de la energía renovable venía no solo aconsejado como medio “adecuado” para conseguir aquellos macro-objetivos ambientales internacionales, sino que venía impuesto por obra directa del Derecho de la Unión, pues esta impuso sobre sus Estados miembros (en adelante, “EM”) la obligación de acometer tal favorecimiento a través de varias disposiciones, siendo la primera de la serie la Directiva 2001/77/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la promoción de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovable en el mercado interior de la electricidad, luego sustituida por la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009⁸.

2.El marco legal inicial

6. Cuando las autoridades de un país se proponen alcanzar un objetivo tan ambicioso como el ya citado, y que implica la modificación de un patrón estructural consolidado, hay solo dos posibilidades de llevarlo a cabo: o bien es el propio Estado el que hace las inversiones necesarias para el diseño, construcción y explotación de las infraestructuras e instalaciones necesarias para la generación y transporte de la electricidad, o bien es la inversión privada la llamada a realizar tal esfuerzo, debiendo el Estado captar o atraer capitales en el interior del país, pero también en el exterior (inversores internacionales). La primera opción es inviable, no sólo por el gigantesco esfuerzo económico-inversor con cargo a las arcas públicas que ello implicaría sino sobre todo por que la *constitución económica* europea y la española proscriben en principio que el Estado realice esta actividad en un sector que ha sido sometido a una amplia operación de privatización⁹ y de desmantelamiento de los monopolios públicos nacionales. Por tanto, solo hay una modalidad “ortodoxa” de acometer aquel macro-objetivo: la captación de inversión privada.

7. En un mundo *ideal*, tal y como lo describen los manuales de los economistas, sobre todo los de orientación neo-liberal, el empresariado privado acudiría, intrépido y valiente, a esta nueva veta de negocio, arriesgándose a enriquecerse o a arruinarse, en función de los caprichosos dados que gobiernan el comercio. Sin embargo, en la realidad de las cosas, el capital privado es precavido, y sólo acudiría solícito si las autoridades le diseñan un cuadro “atractivo”, compuesto de *incentivos* varios (subvenciones) que le aseguren pingües ganancias, prolongadas en el mayor tiempo posible. Y, además, si es posible, un marco de resolución de conflictos que no tenga que pasar por el lento e hiper-juridificado camino de los tribunales del Estado *huésped*, que habrían de resolver, en caso de pleito, sobre la base de un derecho doméstico ignoto para el inversor extranjero.

⁷ “Presencia” que se descompone básicamente en tres vectores: el volumen absoluto de energía bruta producida en un año; el porcentaje que dicha electricidad “renovable” representa en el total de la energía producida en España; y el porcentaje que dicha electricidad representa en el consumo de electricidad (cifras o porcentajes estos últimos que se ponen en relación con los guarismos correspondientes a otras formas de generación eléctrica, como el ciclo combinado, la térmica, nuclear, etc.).

⁸ DOUE L 140, de 5.6.2009. Directiva esta que será remplazada a partir del 1 de julio de 2021 por la Directiva 2018/2001, del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 328/82, de 21.12.2018).

⁹ Propiciada ya por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre de 1997, del Sector Eléctrico.

8. La historia del despegue de las renovables en España siguió efectivamente ese guión. Con el fin de atraer al capital privado, nacional y foráneo, al empeño de proyectar, construir y explotar el mayor número de instalaciones de generación de electricidad a partir de fuentes renovables (sobre todo de la energía solar) y hacerlo en el menor tiempo posible, el Gobierno de la Nación y las Cortes Generales aprobaron un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que definían y regulaban ese contexto normativo o “regulatorio”, conocido técnicamente como *marco de apoyo*.

Dicho marco regulatorio estaba integrado, fundamentalmente, por las siguientes disposiciones:

- a) Al amparo de la Ley 54/1997, de 24 de noviembre, del sector eléctrico, el Gobierno aprobó el RD 2818/1998, de 23 de diciembre de 1998, sobre instalaciones de producción de energía eléctrica obtenida a partir de energías renovables, residuos o cogeneración (“BOE” del 30), que reguló con detalle ese de generación eléctrica (legalmente identificado como “régimen especial”) y estableció ya un sistema de “primas” a la retribución o pago de la electricidad obtenida a partir de fuentes renovables. Ese sistema, a grandes rasgos, consistía en que los productores de esa electricidad tenían derecho a venderla a unos precios superiores que el resto de operadores “no renovables”. Es decir, tenían derecho a obtener una remuneración consistente en el precio del mercado, “complementado en su caso por una prima o incentivo” (art. 23). Cada tipo de energía renovable gozaba de una “prima” (o sobreprecio) diferente, regulada por separado en dicho decreto. Este régimen estaba limitado a las instalaciones con potencia eléctrica instalada igual o inferior a 50MW. Se creó igualmente un registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial, en el que tenían que inscribirse las empresas que se quisieran beneficiar del mismo.
- b) El RD 436/2004, de 12 de marzo¹⁰ (aprobado ya en las postrimerías del segundo gobierno de J.M. Aznar) modificó la metodología para la actualización del régimen legal y económico de la producción de energía eléctrica en “régimen especial” (el aplicable a las renovables), mejorando su retribución. A los productores de este tipo de electricidad se les daba la opción de elegir entre vender su electricidad a una tarifa *regulada* (es decir, fijada legalmente) o venderla al precio del mercado pero incrementada en una prima y otros conceptos. En ambos casos, el precio de la electricidad que cobraban estas empresas, sobre todo las que explotaban instalaciones solares, estaba muy por encima de los precios del mercado¹¹, que era el precio que cobraban por el mismo producto¹² otros generadores “convencionales” (por ejemplo, instalaciones térmicas).
- c) El primer plan nacional de energías renovables (PER), que cubría los años 2005-2010, fue aprobado por el Gobierno en agosto de 2005 y estableció el marco plurianual estratégico de referencia, los programas y los marcos de apoyo para el desarrollo de las energías renovables.¹³
- d) El Real-Decreto Ley 7/2006, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector eléctrico.
- e) El Real Decreto 661/2007, de 25 Mayo, que derogó el RD 436/2004 y estableció una nueva metodología para la actualización y sistematización del régimen legal y económico para la producción de energía eléctrica en “régimen especial” (el aplicable a las renovables).

9. No es éste el lugar para describir con detalle y pormenor todos los aspectos técnico-económicos de este marco regulatorio, solo accesible a los ingenieros. Baste con saber que, como se ha explicado

¹⁰ Su exposición de motivos proclamaba que: “Con este real decreto se pretende que en el año 2010 cerca de un tercio de la demanda de electricidad esté cubierta por tecnologías de alta eficiencia energética y por energías renovables, sin incrementar el coste de producción del sistema eléctrico...”.

¹¹ La energía más “primada” era la procedente de la energía solar fotovoltaica, seguida por la termosolar y, a mucha distancia, por la energía eólica. En el caso de la energía solar fotovoltaica, la energía eléctrica era pagadera a sus productores a un precio consistente en un 575% respecto de los precios medios de mercado (durante los primeros 25 años de la instalación), y un 460% a partir de ese momento.

¹² Aunque constituya un hecho notorio, es preciso aclarar para quien se asome por primera vez a estas cuestiones, que la electricidad producida en una planta de energía renovable es exactamente la misma que la generada en una instalación convencional, por lo tanto la diferencia de retribución no estaba justificada en una superior “calidad” de la electricidad generada en instalaciones renovables o en ninguna otra propiedad física de la misma.

¹³ Fungió como modificación del “Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010”.

más arriba, a los inversores que construyeron y explotaron instalaciones de generación de electricidad a partir de fuentes renovables se les permitió vender al sistema eléctrico nacional, y con carácter preferente, *toda* la electricidad producida en dichas instalaciones, y además a un precio muy superior al que recibían los operadores del régimen general (los de generación “convencional” de electricidad, como las centrales térmicas). Se fijaron así unas “tarifas primadas” (*primadas* por ser más altas que las del mercado) o simplemente “primas” exclusivas para dichas energías, que la red nacional de distribución de energía eléctrica satisfacía a las empresas de renovables. Estas primas, además, habían de actualizarse a lo largo de la vida útil de la planta, con referencia al IPC.

10. Esta retribución subvencionaba se aplicaba a toda la electricidad producida, es decir, sin límite de cantidad ni de horas al día, mes o año; y además, esas tarifas se hacían efectivas durante toda la vida útil de la planta, aunque a partir del vigésimo sexto año las condiciones cambiaban ligeramente. A su vez, y esto es importante subrayarlo, la citada red nacional obtenía esos fondos del consumidor final, que a través de su factura pagaba religiosamente los impuestos y las primas a las energías renovables. Es decir, al final del día las empresas y el asendereado ciudadano eran (y siguen siendo), los que “pagaban el pato” de tan generoso sistema retributivo¹⁴, lo cual es seguramente una de las razones de que la electricidad en España sea una de las más caras de Europa¹⁵.

11. El marco legal establecido inicialmente para el fomento y apoyo de las energías renovables fue extraordinariamente eficaz para el desarrollo de tales tecnologías. Como posiblemente escribiría Samaniego, *a un panal de rica miel regulatoria miles de inversores acudieron*. El capital, excitado con elevados rendimiento fijos y exentos de los vaivenes del comercio, se involucró de modo entusiasta en esta empresa, y en el transcurso de pocos años el campo español comenzó a poblarse, aquí y allá, en cualquier recodo del camino, de miles de “huertos solares”. En especial, ya en 2012 España disponía de más capacidad instalada de generación de electricidad por medio de energía termosolar que ningún otro país del mundo (1,950 MW) guarismo que se elevó a 2,300 MW a finales del año siguiente.

12. Gracias a ese desarrollo de las energías renovables y al favorable marco regulatorio de incentivos que lo propició, muchas empresas obtuvieron importantes ganancias, pues llegaban a amortizar la inversión realizada en un tiempo breve y durante el resto de la vida útil de la planta se generaban prácticamente beneficios netos. Beneficios que por lo demás podrían ser calificados como “extraordinarios”, a la vista de la evolución de los tipos de interés vigentes durante el periodo y de la reducida rentabilidad del capital mobiliario o de otras inversiones tradicionales.

3. El “cambio regulatorio”

13. A partir del año 2010 se pusieron de manifiesto unas tendencias negativas y preocupantes en el sistema eléctrico español. Según el Gobierno, entre los años 2004 y 2012 se produjo un fuerte desequilibrio entre los ingresos y los costes regulados de dicho sistema eléctrico, destacando entre estos últimos los representados por las “primas” del régimen especial de energía renovable, que se habían multiplicado por seis. Todo ello, unido a otros factores, llegó a generar una deuda del sistema eléctrico que rondaba los 26.000 millones de euros.¹⁶ Se detectó, además, un problema de exceso de capacidad de generación de electricidad (sobre-dimensionamiento). Literalmente, el marco de apoyo, el “support system” de las energías renovables, había *muerto de éxito*.

¹⁴ Por ejemplo, para una factura mensual de electricidad de 100 € el consumidor tiene que pagar unos 20 € en concepto de “incentivos a las energías renovables”, lo cual constituye una cantidad importante (eso sin olvidar la existencia de otros impuestos y recargos, cuya suma agregada representa nada menos que el 52% de la factura eléctrica habitual).

¹⁵ Entre 2002 y 2010 el precio de la electricidad para el *Juan Español* de la calle se incrementó en un 81%.

¹⁶ *Vid.* la exposición de motivos del R. Decreto-Ley 9/2013.

14. Ante esta desviación de los resultados y la materialización de una situación no querida por las autoridades, estas decidieron, lógicamente modificar el marco legal regulador de la generación de electricidad a partir de fuentes renovables de energía y en particular de su remuneración o retribución, pues se detectó que ese era el principal factor distorsionante. Y aquí es donde empezaron los problemas para los inversores, pues dichos cambios se aplicaron no solo a las instalaciones “nuevas”, esto es, a las que se pusieran en práctica a partir de ese diagnóstico, sino también a las que ya estaban operando desde hacía varios años. Esta modificación *pro futuro* del cuadro normativo que regulaba hasta el momento el régimen retributivo de las energías renovables se instrumentó a través de varias disposiciones de diverso rango (ley, decreto-ley, real decreto y Orden ministerial), entre las que destacan las siguientes:

- a) En un primer momento, el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre por el que se establecieron “medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico” (dictados durante el segundo gobierno de R. Zapatero) modificaron el régimen retributivo aplicable a las instalaciones fotovoltaicas, limitando el número máximo de horas de funcionamiento por las cuales los productores de esta electricidad tendrían derecho a percibir las primas arriba expuestas (límite que no existía antes, como se ha visto más arriba). Este cambio ya fue interpretado por las empresas afectadas como un “recorte”.
- b) Estos recortes se harían más drásticos con el gobierno de M. Rajoy. En efecto, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se volvieron a adoptar “medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico” habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, modificando para tal menester el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico. Para las instalaciones “existentes” en el momento de entrar en vigor de este decreto (que disfrutaban de régimen retributivo “primado”) dicha norma estableció una “rentabilidad razonable” del 7,398% anual¹⁷. La nueva “filosofía” consistía en asegurar una retribución “justa” a esas empresas, teniendo en cuenta un conjunto de variables tales como sus costes estándar, el valor de la inversión inicial, y las inversiones necesarias que debería acometer una empresa eficiente y bien gestionada. Por lo tanto, el nuevo régimen regulatorio venía a asegurar a las empresas del sector una rentabilidad antes de impuestos de casi 7,4% durante la vida de la planta, lo que, aunque suponía una reducción de los beneficios que se venían obteniendo hasta entonces, podía seguir siendo calificado como un rendimiento muy positivo, a la luz (igualmente) del marco macroeconómico existente, del rendimiento del capital mobiliario y de la reducción paulatina de los tipos de interés, que se situaron en el entorno del 0%.
- c) La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico nacional, derogó la ley homónima de 1997 y estableció nuevos criterios y reglas en materia de retribución de energías renovables, en línea con el decreto-ley antecitado. Entre otras cuestiones, esta ley estableció el enfoque de que los parámetros de retribución de estas energías se fijarían “teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades, por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años” (art. 19.4)¹⁸. El primer periodo regulatorio fue el comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2019.
- d) Sobre la base de la precitada ley el Gobierno aprobó el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que fijó con detalle y exhaustividad técnica las nuevas reglas y criterios de retribución de la actividad de generación de electricidad con fuentes renovables.

¹⁷ Este porcentaje resultaba de sumar 300 puntos básicos al rendimiento medio de las obligaciones del Estado durante los últimos 10 años, que se determinó en el 4,398 % (disp. Adicional primera).

¹⁸ En su exposición de motivos, esta ley incluía un párrafo que resulta de especial interés para esta contribución: “ante el deterioro progresivo de la sostenibilidad del sistema eléctrico, *los sujetos del mismo no podían confiar legítimamente en la conservación de los parámetros* que habían degenerado en la situación descrita y cualquier operador diligente podía anticipar la necesidad de estos cambios” (cursiva añadida).

15. En resumidas cuentas, el nuevo sistema retributivo de las energías renovables instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 modificó el régimen anterior y lo sustituyó por una retribución regulada específica, que garantizaba a las instalaciones una *rentabilidad razonable* fija durante un horizonte plurianual de seis años, revisable al final de dicho periodo (*vid. infra*).

III. Litigiosidad previa: procesos judiciales, arbitrajes y la sentencia *Achmea* del TJUE

1. Laudos y litigios

16. Estas modificaciones legales tuvieron un evidente impacto económico negativo en las empresas que habían invertido en la construcción y explotación de instalaciones de generación eléctrica al amparo del marco legal precedente. Esta repercusión afectó tanto a sus rendimientos de explotación esperados (y beneficios consiguientes) como al valor de sus inversiones, esto es, el valor de las instalaciones eléctricas y eventualmente el valor de las acciones de las empresas que las gestionaban. En lugar de aceptar aquellas modificaciones perjudiciales como un hado del destino o como un revés inherente al caprichoso mundo de los negocios, las empresas consideraron que se habían alterado injustificadamente las pautas legales reguladoras de la actividad, en infracción de varios principios jurídicos y, lo que es más importante para esta contribución, de ciertas obligaciones que gravitan sobre las Potencias que han suscrito el Tratado sobre la Carta de la Energía.

17. Como consecuencia de esta reacción legítima de las empresas afectadas, se han desencadenado en los últimos años varias docenas de procedimientos arbitrales contra España, promovidos por las empresas extranjeras (en su mayor parte europeas) que habían invertido en nuestra patria en el sector de las energías renovables. Dichos arbitrajes han tenido lugar en diferentes instancias y foros, como la Cámara de Comercio de Estocolmo o el CIADI de Washington, DC (EEUU).

18. En cuanto a los inversores nacionales, no pudieron acceder a ese mecanismo de *resolución de diferencias* por quedar fuera del ámbito de cobertura de aquel Tratado internacional (al ser mecanismo reservado a los inversores foráneos), por lo que se vieron “condenados” a pleitear ante los tribunales españoles. Por razones de acotación y concreción temática, no podemos detenernos en este vector litigioso, que se mueve por parámetros procesales y sustantivos muy diferentes a los arreglos arbitrales de diferencias por inversiones internacionales, que constituyen el eje de esta contribución. Baste decir que dicho vector generó una interesante jurisprudencia de nuestros máximos órganos judiciales, en la que se ha contrastado la legalidad o aún constitucionalidad de los cambios regulatorios a la luz de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

19. En sede constitucional, podemos citar aquí la STCo 270/2015, de 17 de diciembre, en la que el Alto Tribunal desestimó un recurso de inconstitucionalidad suscitado por el Gobierno de la Región de Murcia contra el R. Decreto-Ley 9/2013, antes referido¹⁹. Más numerosos fueron los pleitos sustanciados ante los contencioso-administrativos, en demanda del reconocimiento de “responsabilidad patrimonial” de la Administración pública por la promulgación de los reglamentos que materializaron el cambio regulatorio (arriba citados).

20. Por lo que hace al Tribunal Supremo (“TS”), su Sala Tercera desestimó varios recursos contencioso-administrativos deducidos contra varios reglamentos promulgados en el sector de las ener-

¹⁹ La STC 270/2015 rechazó que el RD-Ley 9/2013 incurriera en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, así como en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Sobre esta sentencia, *vid. J.F. ALENZA GARCÍA*, “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 55, 2016, pp. 15-18.

gías renovables durante el periodo controvertido. Así, ya en un primer momento la STS de 25 de octubre de 2006 (RCA 12/2005) desestimó el recurso deducido contra el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, que modificó la metodología para la determinación de las primas a las renovables y su actualización, entendiendo el Tribunal que el decreto no violaba los principios de seguridad jurídica y de expectativas legítimas, y que las empresas que invertían en un sector fuertemente subvencionado tendrían que ser conscientes de que tales subvenciones pueden ser modificadas bajo ciertos requisitos. Esta sentencia habría de tener cierta trascendencia en el arbitraje aquí glosado (*vid. infra*).

21. Posteriormente, el TS validó la minoración de las primas que se otorgaban a la retribución de las energías renovables, instrumentada por el RD 1565/2010, que fue objeto de impugnación contenciosa: en su sentencia de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011), la Sala Tercera desestimó el recurso y proclamó que el principio de seguridad jurídica no es incompatible con los cambios jurídicos, especialmente en un sector como el de la energía, que necesita de constantes ajustes normativos en función de la evolución de la Economía.

22. Finalmente, en su sentencia de 10 de octubre de 2017 el TS también desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, declarando que eran conformes a derecho. En esta sentencia, la Sala razonó, a nuestro entender de modo plausible, que los inversiones nunca pudieron confiar en la inmutabilidad del marco legal; que los cambios regulatorios no podían calificarse de inesperados y que eran previsibles ante las circunstancias económicas del sistema eléctrico; que la reforma estaba justificada en razones objetivas y relevantes; y que el cambio regulatorio combatido no derivó en un desmantelamiento completo del sistema retributivo privilegiado “inicial”, pues después de la reforma se siguió reconociendo a los inversores un complemento adicional sobre los ingresos procedentes del puro mercado, con una retribución regulada específica que garantizaba a las instalaciones una *rentabilidad razonable*, por lo que el nuevo sistema podía seguir siendo calificado como “de incentivo”²⁰.

23. Como puede apreciarse, esta Jurisprudencia ha sido generosa con la posibilidad de introducir cambios normativos en el sector energético, y poco proclive a reconocer indemnizaciones por violación de principios constitucionales. Nuestros máximos tribunales han considerado, a nuestro juicio de manera atinada, que dichos principios no pueden oponerse a la capacidad de innovación normativa discrecional que es inherente a los poderes legislativo y ejecutivo, para adecuar el desenvolvimiento de un sector tan dinámico como el de la energía a las circunstancias cambiantes de la economía y para introducir, con ciertos límites, los necesarios reajustes que exige el interés general.

24. Lejos del foro judicial doméstico, en el terreno puramente arbitral internacional se han desencadenado cerca de medio centenar de procedimientos de arbitraje contra España, como consecuencia de las reclamaciones y diferencias sustanciadas por empresas del sector eléctrico que en su día invirtieron en instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes renovables²¹. Varios de esos procedimientos arbitrales han culminado ya por medio de laudos. Algunos han exonerado al Reino de España²², otros (una docena) lo han condenado al pago de compensaciones e indemnizaciones millonarias por los perjuicios económicos ocasionados a las empresas del sector como consecuencia de haber modificado el marco regulatorio de la retribución de la energía renovable, en los términos antes explicados. Entre tales laudos condenatorios podemos citar los siguientes:

²⁰ El magistrado del TS don J.M. BANDRÉS hace un atinado comentario a esta sentencia en: AAVV: *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 544 y ss. Otras sentencias del TS recaídas en este terreno, y con la misma línea argumental, son las de 12 de julio de 2012 (RCA 52/2011) y de 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012).

²¹ Se estima que, en conjunto, el sector afectado reclama el reconocimiento de indemnizaciones que rondarían los 8.500 millones de euros.

²² Casos “Charanne” (*Charanne B.V. and Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain*, SCC Arbitration V 062/2012, de 21 de enero de 2016) e “Isolux” (*Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, Arbitration SCC V2013/153, de 12 de julio de 2016). Ambos tramitados ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

- el caso *Eiser*²³
- el caso *Antin*²⁴
- el caso *Masdar Solar*²⁵
- el caso *NovEnergía*.²⁶

El monto total de las indemnizaciones que en principio debe satisfacer nuestro país en virtud de los laudos condenatorios dictados hasta la fecha ronda los 500 millones de euros²⁷.

2. La sentencia “*Achmea*” y su alargada sombra

25. En medio de esta suerte de “tormenta perfecta” de arbitrajes adversos, el TJ había de dictar, el 6 de marzo de 2018, una sentencia muy relevante para esta contribución, concretamente la del caso *Achmea*²⁸. Este fallo resuelve una cuestión prejudicial deducida por el *Bundesgerichtshof* alemán (tribunal supremo en materia civil y penal) que a su vez se inserta en el marco de la ejecución de un laudo dictado por un tribunal de arbitraje de Frankfurt, por el que se había condenado a la República Eslovaca a satisfacer una indemnización de 22 millones de euros a una sociedad mercantil neerlandesa del sector energético (“*Achmea*”) por los cambios regulatorios introducidos en el derecho eslovaco en materia de liberalización y nacionalización del sector eléctrico; vaivenes que habían producido un daño económico a la empresa reclamante.

26. Dicho laudo había sido dictado a iniciativa de la empresa neerlandesa quejosa (quien eligió el *foro arbitral* de Frankfurt) en aplicación del mecanismo de resolución de diferencias en materia de inversiones internacionales que estaba diseñado por el Tratado Bilateral para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones suscrito inicialmente entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, instrumento en el que se subrogó posteriormente la República Eslovaca tras su independencia. Este tipo de tratados bilaterales se conocen usualmente como “Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (y por sus siglas “APPRI”), y también como “Bilateral Investment Treaties” (“BIT”)²⁹.

27. El concreto, el *Bundesgerichtshof* preguntó si el marco regulador de estos mecanismos de resolución de diferencias en materia de inversiones internacionales que vinculan a dos EM de la Unión era compatible con ciertos artículos del TFUE, a saber los arts. 8, 267 y 344. Estaba en juego nada más y nada menos que la autonomía del Derecho de la Unión y su relevancia misma, puesto que los laudos arbitrales internacionales se resuelven por regla general sobre la base de “las normas y los principios universalmente admitidos del Derecho Internacional” y eventualmente sobre la base del Derecho interno del Estado,

²³ Caso *Eiser infrastructure limited y energia solar Luxembourg c. Reino de España*, Caso No. ARB/13/36 del CIADI, de 5 de mayo de 2017. Este laudo condenó a España a una indemnización de 128 millones de euros, más intereses.

²⁴ Laudo arbitral dictado en el caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Caso No. ARB/13/31, del CIADI, de 15 de Junio de 2018. Este laudo condenó a España a una indemnización de 101 millones de euros, más intereses.

²⁵ Laudo arbitral dictado en el caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, asunto No. ARB/14/1, del CIADI, de 16 de Mayo de 2018. Condenó a España a pagar 64,5 millones de euros a una empresa de Abu Dhabi por los perjuicios causados por los recortes a las energías renovables.

²⁶ Laudo arbitral dictado en el caso *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. En este caso, un laudo arbitral dictado el 15 de febrero de 2018 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo condenó a España a pagar una indemnización de 53,3 millones de euros a la sociedad luxemburguesa “Novenergía”, que contaba con varias instalaciones de energía solar en Murcia y otras CCAA.

²⁷ Sobre estos laudos arbitrales, vid.: M. REQUENA CASANOVA, “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, No 42/2019, parte “Doctrina/artículos” (formato electrónico).

²⁸ Sentencia del TJ de 6 de Marzo de 2018, *Republica Eslovaca c. Achmea BV*, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158

²⁹ España ha suscrito varias docenas de APPRIs, de los cuales 71 estaban en vigor a fecha de 15 de febrero de 2019, según los datos oficiales del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (vid.: <http://www.comercio.es/acuerdos>)

pero no sobre la del Derecho de la Unión como fuente específica³⁰. De ahí que no pueda garantizarse que un laudo arbitral, dictado por un tribunal de arbitraje establecido en un EM de la Unión y que dirima una diferencia entre un EM de la Unión y una sociedad registrada en otros EM haya respetado, ni siquiera tenido en cuenta, el Derecho de la Unión sustantivo aplicable a las inversiones transnacionales, que es bastante relevante, extenso y profundo (libertad de establecimiento, libre circulación de capitales, etc.).

28. Por otro lado, los tribunales arbitrales no pueden conceptualizarse propiamente como “órganos jurisdiccionales” de ningún Estado miembro, por lo que no pueden formular cuestiones prejudiciales a través de las cuales se garantice la interpretación uniforme del Derecho de la Unión y el respeto de los principios de efecto útil, de efecto directo y de primacía de dicho Derecho. Tampoco las pueden plantear los órganos judiciales “fetén” del EM donde se inste la ejecución del laudo. Dichos tribunales no pueden controlar más que los aspectos puramente formales de los laudos, y no pueden entrar a enjuiciar su corrección material, portillo éste que les daría la ocasión para plantear eventualmente una cuestión prejudicial ante el TJUE. No queda, pues, garantizado el respeto de las reglas del tratado que regulan las libertades de establecimiento y de libre circulación de capitales, que percuten de manera evidente en las inversiones internacionales dentro de la Unión..

29. En su sentencia, el TJ declaró que los arts. 267 y 344 del TFUE se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del APPRI neerlandés-eslovaco de marras, conforme a la cual “un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”. En consecuencia, el TJ ha proclamado la incompatibilidad de los tratados intra-europeos como el implicado en el caso *Achmea* con las reglas del TFUE. Por lo tanto, los mecanismos de resolución de diferencias previstos en aquellos y los laudos arbitrales rendidos a su sombra no son en principio oponibles a los EM. Esta sentencia, como es fácil de apreciar, tiene una gran relevancia e impacta de modo sobresaliente en la materia aquí explorada. Por ello ha provocado la consiguiente atención de la doctrina.³¹

30. Correlativamente a su importancia, la sentencia *Achmea* pronto comenzó a proyectar una alargada sombra (favorable a los Estados de la Unión, adversa para los inversores), pues ponía en cuestión el mecanismo institucional sobre el que se apoyaban los laudos rendidos y los procedimientos arbitrales en curso o en fase de ejecución. Los tribunales de los EM no iban a tardar en extraer todas las consecuencias de la sentencia de Luxemburgo, y así, el 17 de mayo de 2018 la Corte de Apelación de Svea (Suecia) suspendió indefinidamente la ejecución del laudo arbitral que había sido dictado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el caso *NovEnergia*, que había sido desfavorable a los intereses españoles (*vid. supra*). La razón esencial es que, si estos tratados bilaterales son contrarios al Derecho de la Unión, lo fueron siempre (y no solo desde que lo declaró el TJUE); por consiguiente, España nunca pudo haber aceptado válidamente la instauración de un procedimiento de arbitraje tal en el caso de la reclamación de NovEnergía.

31. Acto seguido, la empresa luxemburguesa se dirigió a Estados Unidos, y más concretamente al Tribunal de distrito del Distrito de Columbia (DC), solicitando el reconocimiento y la ejecución del

³⁰ *Vid.* como ejemplo de esta acotación sustantiva el APPRI suscrito entre España y Bulgaria en 1995 (art.11.4).

³¹ *Vid.*, por ejemplo: J. DIEZ-HOCHLEITNER, “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* frente a los laudos arbitrales condenando a España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables”, *Derecho Internacional Público; blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25 abril 2019. Este especialista entiende que los arbitrajes intra-europeos basados en el Tratado de la Carta de la Energía resultarían tan contrarios al principio de “autonomía” del Derecho de la UE como lo puede ser un arbitraje basado en un APPRI intra-europeo. Igualmente se han asomado a las repercusiones de la sentencia *Achmea* M.M.VILLAGRASA ROJAS, “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, Zaragoza, 2018, pp. 415-449; y M. REQUENA CASANOVA, “Los arbitrajes...”, *op. cit.* nota 27.

laudo³², todo ello al amparo del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros de Arbitraje, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York), que es un tratado firmado y ratificado por los Estados Unidos³³. En ese nuevo pleito, España defendió que los mecanismos de resolución de diferencias como el que dio lugar al laudo cuya ejecución se impetraba son contrarios al Derecho de la Unión, y por lo tanto los tales laudos son nulos de raíz (“they are void *ab initio*”), dado que España nunca pudo aceptar válidamente una invitación a someter la diferencia a arbitraje, y por lo tanto tampoco pudo consentir válidamente en dicho arbitraje. Al final, y tras larga discusión, el tribunal norteamericano también rechazó a principios de 2020 la petición de la mercantil, al considerar, básicamente, que la ejecución del laudo había sido suspendida por el tribunal competente (el sueco), aspecto relevante que impide la ejecución por otro foro según el Convenio de Nueva York³⁴.

3. Posiciones institucionales en el seno de la UE en materia de arbitrajes de inversiones

32. Desde hace varios años, la Comisión Europea se ha venido mostrando contraria a los arreglos de diferencias establecidos en los APPRI intra-europeos y ha tenido por costumbre solicitar ser tenida como interviniente en los diferentes procedimientos arbitrales dirigidos contra algún EM de la Unión por parte de inversores igualmente procedentes de alguno de dichos Estados. También lo haría en el asunto aquí analizado (*vid. infra*)³⁵. La sentencia *Achmea* ha venido a “confirmar” la tesis, largamente sostenida por la Comisión Europea, de que las cláusulas de los tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos entre Estados de la UE que establecen mecanismos de arbitraje entre empresas y dichos Estados no tienen validez legal por oponerse al derecho europeo. Dado que la sentencia *Achmea* también favorece, en principio, los intereses de los Estados miembros, puede decirse que la UE en su conjunto ha reaccionado en el sentido de desactivar (o al menos intentarlo) estos mecanismos de arreglos de diferencias que oponen a una o varias empresas de un EM y a otro Estado de la Unión.

33. Uno de los principales hitos en este movimiento institucional europeo contra los arbitrajes de inversiones en el sector energético está constituido por la *Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019*, suscrita por 22 de los 27 EM, entre ellos España³⁶. En esta Declaración, los EM han expresado su voluntad de no permitir la continuidad de los laudos dictados en el marco de los APPRI intra-europeos, como el que estaba implicado en caso *Achmea*. Esta declaración (redactada en inglés y francés y de la que no hay versión en las otras lenguas oficiales) contiene una serie de afirmaciones y promesas de gran alcance. Otra cosa es su naturaleza jurídica y el rigor o relevancia de los *statements* allí contenidos.

34. Empezando por el primer asunto, los representantes de dichos Estados (aún figuraba el Reino Unido entre ellos) afirman, entre otros extremos, que “el Derecho de la Unión tiene primacía sobre los tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados miembros. Como consecuencia, todas las cláusulas de arbitraje entre inversor y Estado contenidas en tales tratados bilaterales son contrarios al Derecho de la Unión y, por lo tanto, inaplicables. Los tribunales arbitrales establecidos sobre la base de las citadas cláusulas de arbitraje carecen de virtualidad jurídica, debido a la falta de una oferta válida para arbitrar por parte del Estado miembro concernido”.

³² *United States district court for the District of Columbia, Novenergia II – energy & environment (SCA), petitioner, v. the Kingdom of Spain, respondent*. Civil action no. 1:18-cv-1148, filed 10/16/18.

³³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 (“New York Convention”).

³⁴ *Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia*, 27 January 2020.

³⁵ Sobre el fenómeno de la “entrada” e “intervención” de terceros en los arbitrajes internacionales, *vid.:*

M. V. SÁNCHEZ POS, “La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 12, Nº 1 (Marzo 2020), pp. 365-385.

³⁶ “Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union”.

35. Aparte de esta declaración “de parte”, los Estados circunstantes se comprometieron a llevar a cabo una serie de actuaciones futuras y de manera conjunta, entre las que destacan las siguientes:

- Tomarán las medidas necesarias para informar a los tribunales de arbitraje bajo cuya actuación se encuentren incursos de las consecuencias de la sentencia *Achmea*. Igualmente, solicitarán a los tribunales de justicia que deban actuar en relación a laudos intracomunitarios, que no admitan dichos laudos ni eventualmente procedan a su ejecución forzosa, debido a una falta de consentimiento válido para arbitrar.
- Informarán a los inversores de que no están dispuestos a iniciar nuevos procedimientos de arbitraje de inversiones dentro de la UE.
- Los que controlen empresas públicas que hayan recurrido al arbitraje de inversiones contra otro Estado miembro les darán las instrucciones tendentes a retirar o desistir de los arbitrajes de inversiones en curso.
- Llevarán a cabo las actuaciones precisas en el orden internacional para dar por finalizados o terminados todos los tratados bilaterales de inversiones concluidos entre ellos, procurando finalizar tal proceso antes del 6 de diciembre de 2019.³⁷
- Eso sí, los acuerdos y laudos arbitrales que ya hubieran recaído en procedimientos de arbitraje intra-europeos y que fueron cumplidos voluntariamente por los Estados demandados antes del dictado de la sentencia *Achmea* no serán recurridos ni cuestionados por aquellos.
- Junto con la Comisión, debatirán si es necesario adoptar iniciativas adicionales para extraer todas las consecuencias de la sentencia *Achmea* en relación con la aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía en el interior de la UE.

36. A simple vista puede apreciarse que estas manifestaciones suponen en principio y en la práctica la sentencia de muerte para los arbitrajes dimanantes de APPRI intra-europeos, pues ningún Estado va a consentir en el futuro en nuevos arbitrajes, y además cada uno por su cuenta va a tomar las medidas necesarias para detener, anular, archivar o desactivar los procedimientos arbitrales que estén en proceso de solución.

37. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico es preciso realizar una serie de precisiones acerca del documento aquí referenciado. En primer lugar, la naturaleza jurídica de este *statement* debe ser investigada. No está claro si nos encontramos ante una “Resolución del Consejo y de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del consejo” o de una simple “declaración de los representantes de los Estados miembros”, lo cual parece a simple vista una diferencia de matiz pero constituye una diferencia importante. En el primer caso estamos ante una fuente “atípica” del Derecho de la Unión³⁸, mientras que en el segundo se trata simplemente de un documento en el que se plasman 22 declaraciones de otros tantos EM. Se trata, pues, más de una simple declaración “diplomática” (formulada conjuntamente) que de una auténtica norma o fuente del derecho de la Unión.

38. En segundo lugar: en cuanto declaración diplomática o programática, no puede tener más fuerza que la que se le quiera dar, sobre todo por las empresas concernidas, por los tribunales de arbitraje y por los tribunales de justicia que eventualmente estén llamados a ejecutarlos. En tercer lugar, los tratados internacionales bilaterales como los APPRI de los que aquí se habla ni se anulan, ni se *derogan*, ni se terminan por sentencias de tribunales de justicia, máxime si esos tribunales no son tribunales de ninguna de las potencias contratantes. Por lo tanto, dichos tratados son válidos y siguen estando en vigor en tanto en cuanto los signatarios no lleven a cabo y perfeccionen las actuaciones que exija para la finalización de dichos tratados el Derecho internacional Público general, y en concreto el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (1968) y más en particular el tratado bilateral en cuestión.

³⁷ No nos consta que tal proceso se haya culminado.

³⁸ Sobre esta fuente del derecho europeo, vid.: VVAA V. ABELLÁN/B. VILÁ, (DIRS): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ed. Ariel, 2ª ed. 1995, pp. 101-103.

39. En este sentido, el mecanismo más habitual es la denuncia, que los Estados signatarios tienen que formalizar por los conductos diplomáticos previstas en el Derecho internacional general. Ahora bien, esta denuncia no siempre se puede formular en cualquier momento a voluntad del denunciante, sino solamente con ocasión de la expiración del plazo inicial de vigencia pactado en el convenio, (es decir, impide la reconducción tácita del Acuerdo) y además dentro de un plazo previo de “pre-aviso” mínimo que está fijado en el BIT (y que suele ser de varios meses). Por lo tanto, no se puede denunciar un convenio de este tipo en 24 horas³⁹. Además, es habitual que esos convenios dispongan que, a pesar de su denuncia, ciertas partes o preceptos de los mismos se sigan aplicando durante un tiempo, con posterioridad a la formalización de la denuncia, periodo que en algunos casos puede ser de varios años⁴⁰. En definitiva, no es fácil “aniquilar” un BIT, ni se puede hacer con carácter instantáneo.

40. En cuarto lugar, esta declaración conjunta de los EM afecta a los tratados intracomunitarios, pero sin embargo no percute sobre los mecanismos de resolución de diferencias que pudieran haberse pactado con países de fuera de la UE (Japón, China, EEUU...).

41. En quinto lugar, es también discutible el ámbito objetivo al que se quiere aplicar esta declaración. En efecto, los EM no se conforman con mostrar su rechazo a las cláusulas arbitrales incluidas en los tratados intra-europeos, sino que también incluyen dentro de ese rechazo las cláusulas arbitrales incluidas en el Tratado de la Carta de la Energía. Es cuanto menos dudoso que esa “voluntas” de los Estados pueda proyectarse más allá de los convenios que ellos mismos pueden dar por terminados por acuerdo mutuo. La Carta de la Energía no es un tratado bilateral, ni siquiera un tratado intra-comunitario (como lo pudo ser el Tratado de Schengen en su día) sino un tratado internacional multilateral de ámbito mundial que cuenta con más de 50 potencias signatarias. Entre ellas figuran países que son miembros de la UE y países que no lo son, pero por otra parte no todos los EM de la UE son parte del TCE. Además, ha sido suscrito por la propia UE de manera independiente. La estructura negocial-subjetiva del TCE es, pues, totalmente distinta a la de los APPRI intra-europeos usuales.

42. Finalmente, la declaración - recordémoslo- no es una “Declaración de la Unión” como organización internacional, sino de sus Estados integrantes (y no de todos ellos). La declaración no es una norma *hard* de derecho de la Unión, y su virtualidad jurídica será muy diferente dependiendo que se quiera aplicar a los tratados bilaterales o a los tratados internacionales multilaterales en vigor, a los que no se puede sobreponer.

43. Actualmente, la determinación de las repercusiones de la sentencia *Achmea* conforma una situación oscura y de inseguridad jurídica: por un lado, algunos tribunales nacionales de la UE se muestran ya sensibles a este cambio político-jurídico determinado por la sentencia *Achmea* y la subsiguiente posición institucional de la Unión y de sus EM, sobre todo si actúan sobre la base de tratados bilaterales intra-europeos que aquellos Estados han proclamado aborrecer o dejar sin efecto. Así ha sucedido con los tribunales suecos en el caso *NovEnergía II* antes referido. Por otro, sin embargo, hay tribunales de arbitraje que se muestran reacios a verse afectados por tales acontecimientos, sobre todo si actúan desde Washington DC en el contexto del CIADI y lo hacen sobre la base de la Carta de la Energía⁴¹. Esto es, precisamente, lo que sucedió en el laudo arbitral que aquí comentamos, como se verá seguidamente.

³⁹ Vid., por ejemplo, el Tratado bilateral sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre España y Argentina, de 3 de octubre de 1991 (*BOE* del 18.11.1992), que establece la posibilidad de denunciar el convenio mediante notificación previa por escrito, efectuada seis meses antes de la fecha de la expiración del convenio (este convenio se celebró por un periodo de 10 años).

⁴⁰ En el Acuerdo citado en la nota anterior, tras su denuncia la mayor parte de sus preceptos siguen aplicándose, y nada menos que por un periodo de 10 años (art. 11.3): “*En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos I al X del presente Acuerdo seguirán aplicándose por un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de su denuncia.*” Tales disposiciones incluyen las relativas a los procedimientos y mecanismos de resolución de conflictos.

⁴¹ Hay que tener en cuenta, además, que los muy suculentos honorarios que las partes deben satisfacer a los árbitros, abogados y peritos actúa como poderoso “elemento de convicción” a la hora de que un tribunal de arbitraje se declare competente o no para enjuiciar determinada diferencia.

44. Otra consecuencia de la sentencia *Achmea* es que la UE, tanto como organización autónoma como en su dimensión de instancia catalizadora de la acción conjunta de sus EM ha puesto en marcha el proceso de revisión del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), proceso que se denomina eufemísticamente “modernización”. En este sentido, el 15 de julio de 2019 el Consejo autorizó a la Comisión a participar en las negociaciones encaminadas a reformar la Carta de la Energía, de acuerdo con unas directrices⁴². Dicha reforma, ya iniciada en el seno de la *Conferencia de la Carta de la Energía*, debería dar sus frutos a lo largo de 2020 o 2021.

45. De este documento de “directrices” negociadoras nos interesan dos aspectos para esta contribución. En primer lugar, en dichas directrices no hay rastro alguno de los compromisos vehementes expresados por los representantes de los Estados miembros del 15 de enero pasado, y al que nos hemos referido más arriba. Este silencio puede deberse a varias razones: o existe una descoordinación entre la secretaria general del Consejo y los representantes de los gobiernos de los EM, o dichos representantes han moderado o reconsiderado las manifestaciones relativas al alcance que la sentencia *Achmea* tendría que tener sobre los mecanismos de arbitraje previstos en el TCE.

46. En segundo lugar, la UE y sus Estados miembros quieren dejar constancia explícitamente en el futuro texto del TCE de que los Estados que lo suscriban tienen el derecho a adoptar medidas para alcanzar objetivos políticos legítimos (lo que se denomina «derecho a regular») y de que, en el ejercicio de esa potestad legítima de regular el orden económico-social, “las disposiciones sobre protección de las inversiones no pueden interpretarse como *un compromiso de las Partes de no modificar su legislación*, en particular de modo que pueda afectar negativamente a las expectativas de obtención de beneficios del inversor” (cursiva añadida).

47. Se trata de una modificación de derecho sustantivo de gran alcance, un auténtico “aviso a navegantes”, que en caso de aprobarse e introducirse en la versión revisada del TCE debilitaría considerablemente cualquier demanda o posición reivindicativa de los inversores basada en las expectativas o en la confianza legítima. Los inversores deben saber, por consiguiente, que los Estados tienen la potestad soberana de legislar y regular, y que esa normación puede modificarse sin que los inversores puedan invocar quiebra de expectativas de obtención de beneficios. Obviamente, esta “cautela” en el nuevo tratado no anula cualquier reivindicación de las empresas, pues las demás obligaciones-tipo de los Estados que suelen contenerse en los APPRI se mantienen inalteradas (principios de nación más favorecida, trato justo y equitativo, seguridad jurídica, definición de expropiación directa e indirecta, etc.).

IV. El procedimiento arbitral *Stadtwerke München*

1. Marco legal de referencia

48. La regulación legal sustantiva y procesal que constituye el marco para la reclamación resuelta por este tribunal de arbitraje está constituido por el TCE, del que forman parte tanto España (lugar de la inversión y domicilio social de una de las reclamantes) como Alemania (domicilio social de la mayoría de las empresas inversoras). El segundo elemento de referencia que hay que subrayar es que no existe tratado bilateral de inversiones (APPRI) entre esos dos países, miembros ambos de la Unión Europea.

2. La parte solicitante y sus pretensiones

49. Como se anunció al principio de esta contribución, los reclamantes en este procedimiento arbitral, cuya resolución ha tardado casi cinco años, son nueve sociedades mercantiles de responsabi-

⁴² Consejo de la UE: *Directrices de negociación para la modernización del Tratado de la Carta de la Energía*, 15 julio 2019 (Doc. 10745/19 ADD 1).

lidad limitada que trabajan en el sector de la producción y distribución eléctrica. Todas son empresas alemanas salvo una (“Marquesado”), pero esta fue creada al efecto por las empresas antedichas, por lo que sus propietarios son igualmente germanos. Además, una de las nueve empresas alemanas, *Stadtwerke München* (SWM), precisamente la que da nombre al laudo arbitral, es una empresa pública local, perteneciente por más señas al ayuntamiento de Munich.

50. En concreto, las empresas reclamantes constituyeron en el año 2009 la sociedad mercantil española (“Marquesado”) con el fin de canalizar sus inversiones en el sector de las energías renovables de nuestro país. Aquel año, invirtieron a través de “Marquesado” unos 345 millones de euros en el diseño, construcción y explotación (producción de electricidad y su venta posterior) de una instalación de generación de electricidad a partir de energía solar, que recibió el nombre de “Andasol 3”, ubicada en el municipio de Aldeire (provincia de Granada). Esta instalación, propiedad al 100% de “Marquesado”, es una de las más grandes de Europa en su especie, utiliza la tecnología solar concentrada (o “termosolar”, como se la conoce vulgarmente) y tiene una capacidad de generación de 182 millones de Kw/hora, ahorrando supuestamente más de 150.000 toneladas de CO₂ por año. Toda la inversión realizada fue “directa” o aportada por las empresas partícipes, sin recurso a créditos bancarios.

51. El desencadenante del laudo arbitral vino constituido por las actuaciones y desarrollos regulatorios examinados más arriba, y que según las reclamantes suponían una infracción de las obligaciones contraídas por España al amparo del TCE y de otras disposiciones y principios del Derecho internacional. En concreto, los sucesivos cambios operados en el marco normativo de las energías renovables y los recortes en su régimen retributivo les habían deparado unos daños patrimoniales en relación con las inversiones que las empresas habían realizado con el fin de construir y explotar la citada planta de generación eléctrica “Andasol 3”. Dicha instalación se construyó al amparo de la normativa “inicial”, expuesta más arriba, y la Administración informó a “Marquesado” de que su planta cumplía los requisitos para beneficiarse de las condiciones retributivas para la venta de la electricidad generada en aquella planta en los términos fijados por la legislación vigente⁴³.

52. Las empresas se quejaban de que las modificaciones producidas en la normativa española en materia de energías renovables les habían provocado una merma en los beneficios proyectados y en el valor de sus instalaciones. Además, dentro del elenco de medidas consideradas como ilegítimas, aquellas incluían también el establecimiento de un impuesto específico sobre las instalaciones de energías renovables, figura tributaria establecida a nivel nacional a través de la Ley 15/2012⁴⁴. Las empresas reclamantes solicitaban, en concreto, que :

- se declarara que España había infringido las obligaciones que le incumben sobre la base del art. 10 del TCE;
- se restableciera la situación anterior a los cambios regulatorios negativos para los intereses de las reclamantes;

⁴³ En respuesta a una solicitud-requerimiento de la empresa "Marquesado", la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio dictó una resolución (fecha el 10 de febrero de 2011) confirmando que la planta Andasol 3 cumplía los requisitos establecidos legalmente para tener derecho a la tarifa fija por *toda* la electricidad que produjera la planta, en los términos legales y reglamentarios vigentes, a saber: (a) durante los primeros 25 años de explotación de la planta, una tarifa fija de 29,0916 céntimos de euro por/kwh, o en su defecto una tarifa variable podría fluctuar entre un límite superior de 37,1483 céntimos y uno inferior de 27,4353 céntimos por kwh); (b) a partir del vigésimo sexto año, una tarifa fija de 23,2731 EUR cent/kwh o una tarifa sometida a los mismos límites superior e inferior.

⁴⁴ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética («BOE» núm. 312, de 28/12/2012). Esta ley estableció un nuevo impuesto, denominado “impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica”. Gravaba la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica en las instalaciones de energías renovables y su tipo impositivo se fijó en el 7%, que se calculaba sobre el importe total que le correspondiera percibir al contribuyente (cabalmente la empresa de generación eléctrica) por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, por cada instalación de energías renovables.

- se condenara a España al pago de todas las indemnizaciones procedentes por las pérdidas patrimoniales sufridas;⁴⁵
- se le condenara en costas.

3. Óbices procesales invocados por la parte demandada

A) La parte demandada

53. La parte *demandada* (“la otra parte”, en la terminología de los arbitrajes) es el Reino de España, como Estado soberano miembro del CIADI y parte del Tratado de la Carta de la Energía. Más allá de este dato formal, externo e iusinternacional, es pertinente la cuestión de qué organización o ente está siendo demandado “de verdad”, es decir, en el terreno de la práctica jurídica. Esto es, ¿quién asume el peso de las defensas y de los diferentes escritos procesales y contestaciones que se generan en el procedimiento arbitral?; y sobre todo, en el caso de que se condene al “Reino de España”, ¿quién debería hacer efectivas las indemnizaciones que se pudieran declarar?.

54. Esta organización no es otra que la Administración General del Estado, aunque no aparezca en ninguna parte del laudo. Aunque el centro de imputación es el Estado como sujeto de Derecho internacional, los “autores” de las “medidas” reputadas contrarias al orden internacional son las Cortes Generales, por un lado (por las medidas legales y las convalidaciones de los decretos-leyes adoptados) y el Gobierno, por otro, como autor de las normas reglamentarias contestadas. Ahora bien, las Cortes Generales ni actúan en el procedimiento arbitral ni tienen un presupuesto para hacer frente a las posibles condenas pecuniarias que se pudieran declarar. Se produce aquí una suerte de hiato entre la personificación que actúa en la esfera ius-internacional y la organización ejecutiva que, en el orden interno, toma las diferentes decisiones procesales y al final del día tiene que hacer frente a las consecuencias económicas del laudo.

55. En efecto, la representación y defensa de España fue asumida, por exigencia legal y reglamentaria⁴⁶ por los abogados del Estado encuadrados en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (y más concretamente en el Departamento de Arbitrajes Internacionales) dependiente del Ministerio de Justicia. Por otro lado, el “Reino de España” como sujeto de Derecho internacional no tiene un presupuesto específico o propio. Los únicos presupuestos públicos a los que se podrían imputar los pagos procedentes por las indemnizaciones declaradas son los de las diferentes administraciones territoriales y de sus organismos y entidades adscritos o vinculados, y en este caso la Administración territorial general.

56. Esta constatación no es baladí, sino que tiene consecuencias importantes. En el caso aquí examinado, toda la “responsabilidad” o *autoría* de los hechos y desarrollos jurídico-normativos que alegadamente causaron el daño patrimonial a las empresas reclamantes correspondió a las autoridades centrales o estatales. Sin embargo, en el caso de un Estado profundamente descentralizado, tal responsabilidad podría no ser imputable a las “autoridades centrales”, sino a algún Estado federado o confederado, o entidad subestatal equivalente, que no es un sujeto de Derecho internacional y por lo tanto no podría ser sometido a arbitraje. Esto evidentemente suscita cuestiones de composición e integración institucional de derecho interno de gran relevancia, que solo podemos dejar aquí apuntadas.

B) La cuestión de la competencia del tribunal y la sombra de la sentencia *Achmea*

57. La representación procesal española invocó un conjunto de óbices procesales, como es práctica forense habitual entre los abogados del Estado. Algunos eran razonables, otros bastante febles. En

⁴⁵ Las mercantiles reclamaban 423 millones de euros por los daños y perjuicios sufridos.

⁴⁶ Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y específicamente su art. 9.

concreto, España alegó la incompetencia del tribunal de arbitraje del CIADI sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Que España y Alemania no eran Estados “diferentes” en el sentido del TCE, sino miembros de la misma Organización Regional de Integración Económica (ORIE, en la terminología de aquel tratado), y que por lo tanto no se cumplía la condición previa exigida por el TCE (excepción denominada “intra-europea”). Esta excepción fue rechazada por razones obvias.
- b) Que la empresa *SMW* no podía ser parte del arbitraje al ser una empresa pública controlada por Alemania, por lo que no podía actuar contra España. Alegación que siguió la misma suerte.

58. (c) Más allá de este “trasteo” inicial, sí que tuvo más sentido la alegación de que el arbitraje no podía continuar por haberse visto afectado por el dictado de la sentencia *Achmea*, del TJUE (*vid. supra*). De hecho, en este intento obstativo España se vio arrojada por la Comisión, institución que solicitó al inicio del procedimiento ser tenida como interviniente en el arbitraje, pues quería defender la misma tesis que ha mantenido desde hace varios años contra estos arbitrajes (*vid supra*). Aunque el tribunal del CIADI le concedió un “leave to intervene” provisional, la Comisión no llegó a adquirir formalmente la condición de interviniente procesal al negarse a satisfacer los derechos económicos y constituir los depósitos que le exigió el tribunal. En consecuencia, no pudo defender sus tesis.

59. España sí que defendió esta posición y la razonó a nuestro juicio con lógica plausible. Sin embargo, el tribunal se reafirmó en su competencia basándose en una lectura literal de *Achmea*, al entender que dicho fallo solo se pronunció en relación con un “BIT” intra-europeo, y que aunque dicho fallo podía entenderse que afectaba a todos los acuerdos bilaterales de esa especie, en modo alguno podía suponerse que afectara al TCE, que es un tratado internacional multilateral suscrito, además, por la propia Unión Europea. A mayor abundamiento, varios tribunales de arbitraje, confrontados en su momento con la misma alegación obstativa, habían resuelto en mismo sentido que acabamos de decir.

60. (d) La única alegación procesal española que prosperó fue la tendente a excluir del objeto del arbitraje la “medida” consistente en el impuesto a las energías renovables, creado por virtud de la Ley 15/2012 (*vid supra*), pues las medidas de carácter tributario que impactan sobre las inversiones y actividades económicas están excluidas de arbitraje por efecto del art. 21 del TCE. Aunque las reclamantes arguyeron que aquel impuesto no podía calificarse como una auténtica medida tributaria al no haber sido establecida “bona fide” por España, el tribunal no halló convincente este argumento, pues carece de base legal expresa. Por consiguiente, le reconoció auténtica naturaleza tributaria, con lo que quedó excluido del objeto del arbitraje.

4. Reclamaciones, réplicas y conclusiones del tribunal

61. Las empresas demandantes formularon cuatro alegaciones (*claims*) diferentes contra España, que debemos exponer por separado, así como las defensas del demandado y la apreciación del tribunal en relación con cada una de ellas. En concreto, a España se le reprochaba que, en violación de las obligaciones que le incumbían al amparo del TCE, incurrió en las siguientes situaciones:

A) No estableció un marco estable para las inversiones del demandante

62. El art. 10.1 del TCE establece que “*de conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio*”. Sobre la base de este precepto las empresas demandantes sostuvieron en primer lugar que las

autoridades españolas, en el breve plazo de dos años, promulgaron un conjunto de medidas regulatorias inopinadas, que tuvieron por efecto privarles de una parte significativa de los beneficios esperados a raíz de su inversión. Por consiguiente, dichas autoridades no crearon un marco legal ni estable ni transparente para la inversión de las reclamantes, por ende violando aquel precepto.

63. Sobre este particular, España alegó, en primer lugar, que la obligación contraída por los Estados-parte del TCE al amparo de su art. 10.1 no significa que no puedan modificar el marco legal establecido en su día, para ajustarlo a circunstancias macroeconómicas cambiantes, tesis esta que sostuvo haciendo referencia a varios laudos arbitrales que ya habían aceptado esta inteligencia.⁴⁷

64. En segundo lugar, que los cambios regulatorios adoptados no significaron ni mucho menos la derogación o eliminación radical del marco financiero de apoyo, sino su modificación. Que dicha alteración no alteró la naturaleza del sistema, pues este sigue atribuyendo a los inversores una remuneración privilegiada si se compara con los meros precios del mercado, así como una rentabilidad razonable que se prolonga a lo largo de un periodo dilatado de tiempo. Un marco, en definitiva, que sigue garantizando beneficios sostenidos durante toda la vida útil de la planta.

65. A juicio del tribunal, la cuestión clave en este punto es determinar el significado correcto del adjetivo “estable”, y cuánto puede alterar un Estado el marco legal de una inversión para que no pierda esa nota de “estabilidad”. Tras las consultas semánticas oportunas y constatar que la “jurisprudencia” de los laudos arbitrales recaídos en estas cuestiones no suministraba apoyatura segura para tal guía interpretativa, el tribunal llegó a la conclusión de que esa obligación del art. 10.1, inciso primero, del TCE no constituye una obligación accionable por particulares, sino una directriz general dirigida al Estado *huésped* de la inversión, con lo que esta parte de la demanda fue desestimada.

B) España no dio un tratamiento justo y equitativo a la inversión del reclamante

66. La segunda alegación de las empresas reclamantes consistió en que España había incumplido la cláusula de trato justo y equitativo (“fair and equal treatment, FET”, en inglés) prevista en el art. 10.1 del TCE. Esta queja es, con mucho, la más importante y la de mayor enjundia de todo este arbitraje. Dicha cláusula FET, según inteligencia común en el mundo de las inversiones internacionales, está compuesta por cinco obligaciones cumulativas. Siguiendo ese guión, y razonando a la inversa, las empresas adujeron que España:

- adoptó medidas que frustraron las expectativas legítimas de las reclamantes, pues estas esperaban que el marco reglamentario no se alterara, o que lo hiciera sin carácter “retroactivo”;
- no estableció un marco legal estable y predecible para la inversión de las reclamantes;
- mantuvo una conducta no transparente;
- adoptó medidas irrazonables;
- adoptó medidas desproporcionadas.

67. España se defendió alegando que, en esencia, un inversor diligente no puede esperar razonablemente (máxime si no hay un compromiso o contrato escrito por medio) que el marco regulatorio de la energía no vaya a cambiar en un país, siendo este un campo en continuo dinamismo; que ninguna actuación o expresión de voluntad de las autoridades españolas pudo razonablemente hacer nacer en el espíritu de los inversores la certeza o seguridad (ni siquiera la esperanza) de que el marco legal energético permanecería congelado por siempre; que después de las reformas operadas el sistema retributivo español de las energías renovables sigue reconociendo a los inversores un beneficio generoso y dilatado en el tiempo; que los cambios regulatorios siguieron el cauce procedimental establecido con carácter general

⁴⁷ Entre ellos, *Plama c. Bulgaria* (2008)

para su aprobación (incluyendo trámites de participación del público y de los *stakeholders*), por lo que fueron aprobados de modo transparente; y que las medidas adoptadas fueron razonables y proporcionales, en virtud de la gravedad de la situación y de las desviaciones del sistema a las que se quería subvenir.

68. El tribunal de arbitraje analizó cuidadosa y extensamente todas las alegaciones aducidas por la reclamante en este apartado de su “memorial”, y fue dando una respuesta separada a cada una de ella, adhiriéndose con carácter general a las tesis de nuestro país. Para empezar, el tribunal consideró que la actuación seguida a lo largo del tiempo por las autoridades españolas no puede en modo alguno identificarse como una estratagema encaminada a atraer con artificio o engaño al inversor para, una vez mordido el cebo, cambiar dolosamente el contexto legal. Al contrario, España diseñó de buena fe un marco de apoyo suficientemente atractivo para la inversión, y reaccionó cuando los efectos perniciosos del marco regulatorio se hicieron evidentes, dejando aún de ese modo subsistente un sistema que sigue reconociendo al inversor una rentabilidad razonable (pars. 258-259 del laudo). A juicio de los árbitros, España no hizo más que corregir legítima y proporcionalmente las desviaciones imprevistas del sistema, concluyendo en este punto que “...while the Claimants may have found that those corrective actions had unpleasant consequences for their energy business, the Tribunal does not believe that by changing its regulatory system Spain failed to provide the investors a stable regulatory system and thereby violated its obligation to treat their investments fairly and equitably” (par. 260 del laudo).

69. De especial interés son sus consideraciones sobre la alegada violación de las expectativas legítimas de las reclamantes. En síntesis, el tribunal entendió que un diligente comerciante no pudo albergar la expectativa legítima de que el marco de apoyo español para el incentivo a las energías renovables nunca sería modificado. Para empezar, ningún marco legal, por definición y en ningún país del mundo, es inmutable y queda congelado *pro futuro*; mucho menos en un sector tan dinámico como el de la energía y especialmente en el de las renovables, que en el momento de fijarse el marco legal inicial se encontraban al principio de su despegue. Por otro lado, antes de producirse la inversión en “Andasol 3” el TS español ya había dictado una importante sentencia en la que desestimó el recurso contra los cambios del marco regulatorio acometidos por el RD 2352/2004 (*vid. supra*); sentencia de público conocimiento que en razón de su importancia fue objeto de difusión y comentario, especialmente en el sector regulado, por lo que un inversor diligente debería haberla conocido y haber Estado ya prevenido sobre la legalidad de estos cambios.

70. Otro argumento en contra de la tesis de la actora fue que los diferentes reglamentos aprobados al amparo de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 hicieron recurrentemente alusión a las condiciones cambiantes del mercado, como una de las causas de su aprobación. Un informe de “due diligence” adecuado debería haber identificado estos extremos. Por otra parte, el gobierno español en ningún momento suscribió con “Marquesado” un contrato o convenio escrito por el que se comprometiera a no modificar el marco regulatorio-económico en el futuro. Finalmente, un empresario diligente y prudente no puede confiar en unos simples *power points* presentados en unas sesiones de captación de inversores extranjeros⁴⁸ como base razonable ni como *promesa* gubernamental de no modificar el marco regulatorio. En resumen, el tribunal halló que las expectativas de las reclamantes ni fueron razonables ni legítimas, por lo que desestimó su alegato de que España había infringido su obligación de acordar un trato justo y razonable a las inversiones de las reclamantes (par. 308 del laudo).

71. Poco le costó igualmente al órgano arbitral deshacerse de las débiles alegaciones consistentes en que España no había actuado de modo transparente a la hora de realizar los cambios legales. Así,

⁴⁸ Las reclamantes alegaron que el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) había llevado a cabo en Alemania unas jornadas de captación de inversiones, a las que asistieron representantes de las empresas querellantes, y que en dichas jornadas el organismo gubernamental había circulado unos folletos y hecho unas presentaciones en “power point”, que fueron determinantes en la decisión de invertir en España. A juicio de las reclamantes, de esos folletos y presentaciones se desprendía que el marco legal español en punto a las energías renovables permanecería inmutable.

el tribunal señaló que ya en su momento la exposición de motivos del RD-Ley 7/2006, que estaba en vigor cuando las reclamantes realizaron su inversión, anticipaba que España estaba intentando adoptar medidas que re-equilibraran el régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables, especialmente las que se acogían a la metodología establecida por el RD 436/2004. Es decir, y en *plain Spanish*, “el que avisa no es traidor”. Por otra parte, las medidas legales y reglamentarias fueron adoptadas siguiendo el procedimiento legal de aprobación, los proyectos normativos fueron objeto de publicidad, hubo trámites de información pública y plazos para alegaciones, informes de expertos, etc. Todo lo cual hizo que el *modus operandi* español no pudiera caracterizarse en modo alguno como no transparente.

72. Pasamos ahora a la acusación de que las medidas adoptadas por España no fueron razonables, todavía dentro del ámbito de la cláusula “FET”. Tras un ligero análisis semántico del vocablo “irrazonable” y a la luz de otros laudos arbitrales anteriores (como *AES Summit c. Hungría*), el tribunal llegó a la conclusión de que la actuación de las autoridades españolas no fue irracional, dado que actuaron para lograr un objetivo de política pública y de interés nacional. A la hora de reconducir la situación de sobre-remuneración producida al calor de la normativa inicial, España tenía básicamente dos opciones: o seguir incrementando el precio de la electricidad para el consumidor final o rebajar la remuneración al generador, y la segunda opción parecía la más razonable puesto que entre 2003 y 2009 la tarifa eléctrica pagadera por el consumidor final se había incrementado en un 80%, llegando a ser una de las más caras de Europa. En ese marco económico y social, la alternativa adoptada no podía ser caracterizada como irrazonable (par. 321 del laudo).

73. Para terminar el examen de este arsenal acusatorio basado en la cláusula “FET”, nos referimos finalmente al alegato de que las medidas adoptadas por España fueron desproporcionadas, pues, entre otros extremos, destruyeron la mitad del valor de las inversiones de las reclamantes. Aquí el tribunal observó, puntilloso, que la palabra “proporcionadas” no aparece recogido expresamente en el texto del TCE y que además los demandantes no habían sido capaces de ofrecer una formulación de ese concepto basada en la “jurisprudencia” existente. Es cierto que en la normativa de las inversiones internacionales no hay una definición ni formulación acabada del principio de proporcionalidad, aplicado a las medidas gubernamentales que sedicentemente pueden deteriorar las dichas inversiones. Esto habría bastado para desestimar esta parte del alegato, pero el tribunal, *for the sake of completeness*, no rehusó entrar en el fondo, para evidencia del demandante. Decimos esto ya que, entre otros extremos, las reclamantes fueron incapaces de determinar con precisión cuál era la tasa de rendimiento o rentabilidad (*rate of return*) que le correspondía a Andasol 3 tras los cambios regulatorios producidos, por lo que difícilmente podía edificarse con seriedad una demanda de desproporción de las medidas en cuanto a su impacto “real” en la estructura del beneficio empresarial propio. El tribunal, basándose en los cálculos suministrados sobre esta cuestión por España (!) dio por buena la cifra de 8,1% antes de impuestos para fijar dicha rentabilidad. Todo ello permitió al tribunal la fácil deducción de que en términos absolutos, las medidas adoptadas por las autoridades españolas fueron proporcionadas en el sentido de que no tuvieron un impacto negativo significativo sobre la inversión del reclamante. Esto vendría a concluir que los recortes a las renovables no han sido tan “salvajes” ni “radicales” como ha sostenido reiteradamente el sector.

74. El tribunal entendió que España adoptó las medidas controvertidas con el fin de proteger la estabilidad y solvencia del sistema público de electricidad, fin de vital importancia para el interés público; que, para conseguirlo, España optó por distribuir los sacrificios necesarios, en el sentido de hacer recaer parte del ajuste en aquellos que se habían beneficiado del sistema. En palabras del laudo: “*los operadores tuvieron que perder una parte de sus beneficios para preservar el sistema eléctrico, por lo que el método y los efectos de las medidas estatales fueron razonables... la carga impuesta sobre aquellos fue razonablemente proporcionada al fin perseguido, ...el argumento de las reclamantes de que las medidas de España no fueron “proporcionadas” debe ser rechazado*” (par. 355 del laudo).

75. En resumidas cuentas, todas las alegaciones y acusaciones realizadas por las reclamantes al amparo de la cláusula de tratamiento justo y equitativo (“FET”) fueron rechazadas tajantemente por el

tribunal del CIADI, y con esto puede decirse que las demandantes habían perdido ya el arbitraje, pues los alegatos restantes constituían realmente “munición ligera” en comparación con la que se acababa de revelar inoperante.

C) España provocó un perjuicio a las inversiones del reclamante debido a la adopción de medidas irrazonables

76. Basándose en el tercer inciso del art. 10.1 del TCE, las reclamantes alegaron que la adopción de medidas irrazonables en nuestra patria les supuso una depreciación importante de sus inversiones. En realidad, reiteraron en este punto alegatos anteriores: las medidas de España fueron irrazonables, las acciones de “Marquesado” perdieron el 50% de su valor de mercado, etc. En verdad no apreciamos que este fuera un argumento desgajable argumentalmente de los ya vistos más arriba, por lo que el tribunal, lacónicamente, se limitó a rechazar ese argumento dando por reproducidas sus consideraciones anteriores.

D) España no cumplió las obligaciones que había contraído con los inversores

77. De nuevo se apoyaron las reclamantes en el art. 10.1 del TCE, en este caso en su último inciso, que reza como sigue: “*Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante*”. Este inciso es conocido en la jerga de las inversiones internacionales como “cláusula paraguas” (“umbrella clause”). A juicio de la actora, España habría contraído de modo implícito la obligación de no alterar el marco regulatorio. Esta obligación, aunque no cristalizada explícitamente, podía ser deducida tácitamente a partir de la existencia de varias notas de prensa, de declaraciones públicas de responsables gubernamentales y de resoluciones administrativas varias. Además, estaba el hecho de que la Administración había inscrito a la planta “Andasol 3” en el registro correspondiente, lo que a juicio de las reclamantes constituía un indicio de una suerte de promesa o compromiso de no alteración del marco legal. A los abogados del Estado les fue relativamente fácil desmontar esas febles andanadas, pues la adopción de normas no puede ser conceptualizada como “obligación” en el sentido del art. 10.1 del TCE, y además España no suscribió ningún contrato, pacto o convenio, verbal o escrito, con los inversores (ni siguió una conducta individualizada *vis à vis* de aquellos) en virtud del cual se comprometiera *con ellos* a no modificar nunca el marco legal vigente.

78. El tribunal, analizando la literalidad del art. 10.1, último inciso, del TCE, tras el trasteo semántico habitual llegó al convencimiento de que aquel precepto solo puede aplicarse a obligaciones realmente “contraídas con” inversores determinados, esto es, *intuitu personae*, y en ningún caso se puede predicar de medidas normativas adoptadas con efectos *erga omnes*. No existió en ningún momento contrato o pacto alguno entre España y los inversores, o con “Marquesado”, la sociedad que canalizó sus inversiones. Por lo tanto, España nunca pudo violar el último inciso del art. 10.1 del TCE. Con ello quedaba rechazado el cuarto y último argumento de las reclamantes, lo que significaba una derrota contundente y en toda la línea de sus posiciones.

5. Sentido del fallo y condena en costas

79. El tribunal afirmó su competencia en este asunto, excepto en lo atinente a la fiscalidad dimanante de la Ley 15/2012. En cuanto a las cuestiones de fondo, decidió rechazar que España hubiera violado el art. 10 del TCE por no ofrecer a las inversiones de las reclamantes unas condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes. Igualmente declaró que nuestro país no incumplió la obligación de otorgar a la inversión de las reclamantes un tratamiento justo y equitativo. En tercer lugar, concluyó que España no había violado la norma de marras, pues ni perjudicó la inversión de las reclamantes como

consecuencia de adoptar medidas no razonables ni incumplió obligaciones contraídas con los reclamantes o con sus inversiones.

80. La cuestión de las costas que se generan en el marco de un proceso de arbitraje internacional como el aquí glosado se rige por el art. 61.2 del convenio del CIADI. A su amparo, los reclamantes habían solicitado que se condenara a España al pago de casi 5 millones de euros en concepto de costas⁴⁹. A su vez, España solicitó que se condenara a los reclamantes al pago de las costas, que nuestro país fijó en 3,3 millones de euros.⁵⁰

81. Teniendo en cuenta el marco decisorio constituido por la regla de arbitraje número 28 y la amplia discreción que esta deja a los árbitros, el tribunal consideró que se habían suscitado seis cuestiones (cuatro sustantivas y dos procesales) y que España había ganado en cinco de las seis cuestiones suscitadas⁵¹. De manera proporcional, dividió las costas procesales entre los contendientes en razón de su respectiva tasa de éxito, por lo que condenó a los reclamantes a pagar a España cerca de 2,4 millones de euros en concepto de gastos de defensa (la otra sexta parte tuvo que soportarla España) y unos 362.000 dólares en concepto de la parte de los costes del proceso que España tuvo que proveer en su momento. Cantidades que, además, generan los intereses correspondientes en caso de impago.

6. Voto particular

82. El tribunal del CIADI solo decidió de manera unánime a la hora de declarar su competencia en este procedimiento, pero el resto de sus determinaciones, incluidas las atinentes a la condena en costas, no se alcanzaron por unanimidad, sino por mayoría, pues solo fueron suscritas por el presidente del tribunal, (prof. Salacuse) y uno de sus vocales (el prof. Douglas). En cambio el prof. Hobér redactó un voto particular. En él, este árbitro sueco entendió que se debería haber condenado a España a indemnizar a los reclamantes todos los daños causados por violación de la cláusula “FET”, pues se defraudaron sus expectativas legítimas y los cambios introducidos en España fueron radicales, esenciales y retroactivos. Para una visión más amplia y transparente de las cosas, debemos señalar que el prof. Hobér fue el árbitro propuesto por los reclamantes.

VII. Conclusiones

1. Relevancia de *Stadtwerke München*

83. El laudo que aquí analizamos tiene a nuestro juicio una gran relevancia. En primer lugar, es uno de los últimos laudos que ha sido dictado en esta materia y que ha tenido a España como parte demandada. Esto hace que haya tenido ya en cuenta el posible impacto de la sentencia *Achmea*, con el resultado arriba examinado. Ello nos pone sobre la pista de que los tribunales constituidos en el marco del CIADI tienen pocas ganas de declararse incompetentes en estos casos, mientras que los tribunales de arbitraje constituidos al amparo de un APPRI intra-europeo pueden ser mucho más sensibles a las

⁴⁹ Concretamente 4.983.290 euros. Esta cantidad se componía de los siguientes conceptos: (1) honorarios de abogados y gastos conexos: 3.873.042 euros; (2) Costes de peritos y expertos: 628.795 euros; (3) gastos de los reclamantes relacionados con la gestión y administración del arbitraje: 29.876 euros, (4) tasa de interposición de la demanda de arbitraje: 25.000 dólares; y (5) provisiones a cuenta a favor del CIADI: 499.820 dólares.

⁵⁰ Cantidad desglosada en los siguientes conceptos: (1) honorarios de abogados: 2.289.980 euros; (2) testigos y peritos: 551.205 euros; (3) traducciones: 40.760 euros; (4) edición e impresión de documentos: 4.549 euros; (5) Servicios de mensajería: 2.231 euros; (6) gastos de viajes: 16.031 euros; y (7) provisión de fondos al CIADI: 499.802 dólares.

⁵¹ Había vencido en las cuatro cuestiones sustantivas. En cuanto a las cuestiones procesales, había vencido en la alegación de la improcedencia de someter a arbitraje la cuestión de la fiscalidad de las energías renovables, pero no prevaleció en su cuestionamiento de la competencia del tribunal.

conclusiones del TJ en aquel famoso caso y a sus relevantes consecuencias jurídicas, aspecto este sobre el que se volverá más adelante.

84. En segundo lugar, es un arbitraje en el que se han desestimado total y completamente todas las alegaciones y reclamaciones de los inversores extranjeros contra España basadas en la violación del art. 10 del TCE, y en concreto de la cláusula “FET”. Con este laudo, España ha ganado su primer arbitraje de las renovables en el CIADI tras una decena de “derrotas” anteriores. Concurrimos por entero con el laudo, que creemos correcto y acertado, a la par que magníficamente razonado ante unas alegaciones de las empresas que nos han parecido cuanto menos mejorables. En las argumentaciones y en el desarrollo del arbitraje se vieron algunas debilidades en su posición, como el hecho de haber contado con un defectuoso “due diligence report”, o haber sido incapaces de determinar con precisión cuál era la nueva tasa de rentabilidad que correspondía a la planta Andasol 3 tras el cambio regulatorio. Por no hablar del pueril argumento de los *power points* del ICEX... El tribunal de arbitraje ha sabido reconocer la legitimidad de la reacción legislativa ponderada, transparente y proporcional de las autoridades españolas ante una situación de extrema gravedad, fruto de un marco de apoyo que había provocado una situación de sobre-capacidad, un desequilibrio del conjunto del sistema eléctrico y, de paso, unas de las tarifas eléctricas más caras del mundo a satisfacer por ciudadanos y empresas.

85. El laudo de *Stadtwerke München* puede perfectamente leerse como un aldabonazo a la tesis de que el ejercicio legítimo, razonable y ponderado del poder legislativo y reglamentario por parte de un Estado no puede censurarse (en cuanto potestad soberana, discrecional y libre) desde la perspectiva de principios como el de confianza legítima, principio por otra parte sometido a una elaboración pretoriana todavía inconclusa. Máxime cuando (a) un inversor prudente y diligente no puede esperar nunca razonablemente la congelación eterna de ningún marco regulador, sobre todo en una actividad económica sometida a continuo cambio y adaptación técnico-económica; (b) un empresario sutil y conocedor de su sector productivo no podía esperar que las altísimas retribuciones ofrecidas por España en la primera etapa del marco de apoyo se mantendrían *sine die*, independientemente de la evolución macro-económica o del sistema eléctrico; (c) los cambios regulatorios combatidos siguieron reconociendo una rentabilidad razonable, duradera y actualizable durante toda la vida útil de la planta de generación, y (d) tanto las rentabilidades obtenidas antes de la mudanza legislativa como después de la misma (aunque en menor medida, evidentemente) pueden calificarse como atractivas, sobre todo a la vista de la evolución de los tipos de interés, de los rendimientos generales de la actividad económica y de las rentabilidades homónimas ofrecidas por países de nuestro entorno, entre las que sobresalen las aquí garantizadas. Por otro lado, con este laudo arbitral se produce una suerte de unificación (si bien partiendo desde postulados jurídico-positivos completamente distintos) entre la “jurisprudencia” de los arbitrajes internacionales de inversiones y la Jurisprudencia (fetén) de nuestros tribunales de justicia (*vid. supra*).

86. La buena noticia que para nuestras arcas públicas supuso *Stadtwerke München* vino acompañada por otra, no tan positiva como aquella pero seguramente más que los laudos condenatorios recaídos hasta la fecha. Nos referimos al asunto *BayWa*⁵², en el que España resultó condenada a pagar daños, pero por un importe muy inferior al reclamado: en este caso, otro tribunal del CIADI desestimó en su mayor parte la demanda presentada contra nuestro país por dos empresas alemanas del grupo “BayWa” por los cambios regulatorios de las energías renovables, en este caso en el sector de la energía eólica, en el que aquellas habían invertido⁵³. Aunque el tribunal determinó que España había incumplido la garantía de estabilidad del art. 10.1 del TCE por la *retroactividad* de las medidas adoptadas, desestimó la pretensión de que se declarara que España había violado las expectativas legítimas de los inversores, que era su alegato principal (las empresas solicitaban una indemnización de más de 67 millones de euros). En consecuencia, el tribunal conminó a las partes a que llegaran a un acuerdo sobre el importe de la indem-

⁵² Asunto *BayWa Renewable Energy GmbH vs. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/16, de 2 de diciembre de 2019.

⁵³ Hay que tener en cuenta que, como se ha visto más arriba, la remuneración de la energía eólica se ha regido por normas, parámetros técnicos y magnitudes económicas diferentes a las de la energía termosolar

nización que España debería pagar por la citada retroactividad ilegal, acuerdo que no nos consta que se haya producido todavía.

87. La perspectiva que ofrece ya el tiempo transcurrido desde la producción de los controvertidos cambios normativos y su correlativa contestación jurídica permite ya a nuestro juicio la realización de una reflexión de conjunto, que permita identificar cuál ha sido el problema de fondo. A nuestro juicio, por un lado el marco de apoyo inicial fue demasiado generoso⁵⁴. O no se calculó bien o su éxito desbordó todas las previsiones. Sin embargo, ese marco de apoyo estaba justificado porque era tal vez la única forma de atraer suficiente inversión del exterior (la interior se juzgó insuficiente) para construir a marchas forzadas multitud de plantas de generación de energía renovable que permitiera a España cumplir con los objetivos de penetración de las energías renovables que le habían impuesto las directivas europeas. Tal vez esté ahí la raíz última de todos estos males: la UE debería haber optado por objetivos de penetración de energía renovable menos ambiciosos, o por conseguir los establecidos en un plazo más dilatado, de manera que el capital necesario para la erección de las instalaciones necesarias hubiera fluido de manera más ordenada o “tranquila”, sin tener las velas infladas por un marco de fomento tan generoso que tarde o temprano habría de modificarse a la baja por su elevado coste económico⁵⁵. Parece que la Unión ha tenido demasiadas prisas, y ha querido transformar en un tiempo demasiado breve nada menos que la estructura de generación de energía de 28 países diferentes, imponiéndoles obligaciones ambiciosas que exigían inyecciones cuantiosas de capital para la construcción de miles de instalaciones. Instalaciones que por otro lado han alterado el paisaje tradicional de nuestros campos y que además tienen un impacto ambiental que se soslaya con demasiada frecuencia.

2. *Stadtwerke München* y el futuro de los arbitrajes internacionales de inversiones

88. Tras el dictado de este laudo, y al menos en el momento de redactar estas líneas, siguen siendo tres los marcos de resolución que existen para resolver los conflictos de inversiones internacionales, en función de las variables concurrentes en el caso y de las empresas afectadas. Estos tres marcos son los siguientes: (a) en el caso de empresas españolas “fetén”: interposición de recursos contencioso-administrativos ante los tribunales de esa jurisdicción, sobre la base de la legislación administrativa española en materia de responsabilidad patrimonial y esgrimiendo argumentos de legalidad ordinaria, tanto sectorial como general o común, o de carácter constitucional; (b) en el caso de empresas extranjeras: (b.1) solicitar un arbitraje ante un tribunal constituido al amparo de un APPRI suscrito entre España y el Estado de origen del inversor; y (b.2) desencadenar un arbitraje ante un tribunal del CIADI sobre la base del TCE.

89. De estos tres mecanismos, el arriba identificado como (a) sigue siendo desde luego operativo y disponible para las empresas, pero las sentencias recaídas hasta la fecha han sido bastante contrarias a los intereses de los inversores, como se ha visto más arriba. La jurisprudencia de nuestros tribunales constitucional y supremo parece lo suficientemente acrisolada para concluir que ese mecanismo conflictual no garantiza el éxito de las reclamaciones de las empresas (todo lo contrario) a menos que se introduzcan nuevos argumentos en el debate jurídico o se produzca una modificación relevante de las circunstancias fáctico-normativas, que obligara a los tribunales a un cambio de interpretación.

90. El mecanismo arriba identificado como (b.1) parece fuertemente afectado por la sentencia *Achmea* y por las iniciativas diplomático- institucionales que los EM de la Unión se han conjurado en coronar, como se ha visto más arriba. A nuestro juicio, aquella decisión del Tribunal de Luxemburgo

⁵⁴ Tan generoso que atrajo a inversores cuanto menos peculiares: ¿Qué hacía *Stadtwerke München*, una empresa energética del ayuntamiento de Múnich, invirtiendo en España para generar energía para el mercado español?; ¿realmente constituía dicha actividad una parte lícita de su giro o tráfico, cuando no es sino una entidad instrumental local?

⁵⁵ Las primas fueron exageradamente generosas, muy por encima de las ofrecidas por los países de nuestro entorno: entre 1998 y 2019 la cantidad acumulada de esta subvención superó la cifra aproximada de 100.000 millones de euros.

ha supuesto, en la práctica, el fin los arbitrajes internacionales de inversiones basados en APPRI ratificados por EM de la UE (“intra-europeos”). Siguen estando en pleno vigor, en cambio, los arbitrajes de inversiones basados en APPRI suscritos entre España y terceros países como Japón, EEUU, etc.

91. Finalmente, el mecanismo identificado como (b.2) sigue siendo viable para las empresas extranjeras, pues los tribunales de arbitraje constituidos en el marco de aquella organización, y al calor del TCE, parece mantener su competencia y no darse por aludidos por la sentencia *Achmea*, tal y como ha sucedido con el laudo *Stadtwerke München* y otros arbitrajes recaídos con posterioridad a la publicación de ese fallo de Luxemburgo. Ahora bien, incluso esta vía podría sufrir un fuerte impacto si llegan a culminarse adecuadamente las negociaciones inter-gubernamentales y diplomáticas que se han comenzado a desplegar por los Estados de la UE de cara a acometer una modificación de dicho tratado. Como se ha visto más arriba, tales potencias buscan introducir en la futura redacción de la Carta de la Energía el llamado “derecho a regular” y la previsión expresa de que los cambios regulatorios no podrán dar lugar, en general, a reclamaciones basadas en el principio de protección de las expectativas legítimas de los inversores.

92. Aún podría esta vía conflictual-arbitral sufrir un impacto fatal en tres supuestos. *Primo:* en el caso de que algún tribunal de arbitraje del CIADI valorara el alcance de la sentencia *Achmea* de manera diferente a como lo ha hecho el autor de *Stadtwerke München*, situación muy difícil dada la *jurisprudencia* ya existente pero teóricamente factible, dada la naturaleza eminentemente descentralizada y policéntrica del sistema de arbitrajes internacionales de inversiones. *Secundo:* en la coyuntura de que un órgano judicial de algún Estado de la Unión se viera en la tesitura de tener que ejecutar un laudo arbitral del CIADI en el que se condene a dicho Estado, y este se opusiera a la ejecución forzosa del citado laudo. El tribunal interno podría entonces elevar al TJ una cuestión prejudicial, en la que le podría plantear específicamente si el Derecho de la Unión se opone a este tipo de arbitrajes internacionales (los del CIADI y basados en el TCE)⁵⁶. Ello daría al Tribunal de Luxemburgo la ocasión perfecta para extender los razonamientos de *Achmea* a este tipo de arbitrajes, o declarar que estos se encuentran extramuros de aquellas consideraciones y por lo tanto son compatibles con el Derecho de la Unión. A nuestro juicio, tampoco estos arbitrajes se libran de las consideraciones y argumentaciones vertidas por el TJ en el caso *Achmea*, aunque en ese caso y por constricción fáctico-procesal evidente, el tribunal no se pudiera pronunciar en ese sentido. Dicho en pocas palabras: es inconcebible que, en la Unión Europea, un conflicto jurídico sobre reclamación de daños derivados de una inversión, suscitado entre un particular (nacional de un Estado miembro) y un EM (diferente del primero) se resuelva por mecanismos no estrictamente jurisdiccionales y al margen del derecho europeo, que constituye no solamente la regulación sustantiva esencial sino el marco principal mismo de las inversiones interestatales dentro de la Unión.

93. *Tertio:* España también podría denunciar el TCE, movimiento que, a pesar de su indudable impacto en el grado de atracción de nuestro marco institucional y normativo *vis à vis* las inversiones internacionales, sigue siendo desde luego una posibilidad lícita para cualquier Estado soberano parte del convenio, como lo es nuestro país. Además, Estados de la Unión de primer nivel como Italia no son parte del Convenio (ni de la Conferencia), lo que no parece que haya constituido un hecho obstativo de primer nivel. Evidentemente, hasta que alguno de estos tres posibles desarrollos cristalice, estos arbitrajes podrán seguir tramitándose y decidiéndose. Quedan igualmente al margen e inmunes a estas consideraciones los arbitrajes impetrados contra EM de la Unión por nacionales y empresas de terceros países.

94. Que los arbitrajes internacionales de inversiones estén abocados a su progresiva desaparición (al menos los trabados entre actores privados y estatales pertenecientes a la UE) es algo que nos parece digno de loa, por los aspectos a nuestro juicio problemáticos que estos mecanismos de resolución de diferencias tienen tanto en el plano particular como en el plano constitucional-general y que a buen

⁵⁶ En España se ha designado a los Juzgados de Primera Instancia como autoridad competente para la ejecución de los laudos del CIADI (al amparo del art. 54.1 del convenio).

seguro merecerían una contribución doctrinal separada⁵⁷. Haremos alusión aquí, simplemente, a un aspecto puramente técnico. Por ejemplo, en el caso *Stadwerke München* se ha podido apreciar cómo el concepto de “nacional de otro Estado-Parte”, recogido en el art. 26 TCE jugó muy favorablemente a favor de la entidad mercantil “Marquesado”, que en realidad es una empresa 100% española, por lo que en puridad tendría que haber litigado en los tribunales españoles. Ocurre sin embargo que sus accionistas son alemanes, y por ese portillo el colegio arbitral del CIADI la consideró como empresa “foránea” a efectos de la admisibilidad de su demanda. Es decir, que en lugar de litigar ante los tribunales de lo contencioso-administrativo como cualquier otra empresa española, se le permitió demandar en Washington ante un *tribunal* extranjero, que falla en atención a difusas reglas del Derecho internacional. Por lo tanto, se produce una escisión a nuestro juicio artificial entre empresas españolas que son propiedad de españoles y empresas españolas que son propiedad de extranjeros. Esta fragmentación del régimen no solo procesal sino sustantivo sólo puede dar lugar al recelo dogmático, al generar disparidad en el tratamiento y en las soluciones a los mismos problemas.

3. Epílogo: el marco legal actual, ¿nuevos pleitos en lontananza?

95. Como se ha visto más arriba, durante el “primer periodo regulatorio” (2014-2019) la *rentabilidad razonable* (RR) de las energías renovables estuvo establecida con carácter general en un 7,398%. Sin embargo, el 1 de enero de 2020 comenzó el segundo periodo regulatorio de ese régimen retributivo específico, que se extenderá hasta finales de 2025. El Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, aprobado cuando el Gobierno de P. Sánchez aún estaba en funciones, fijó el valor de la RR en ese periodo, estableciéndolo en 7,09%, lo cual significa que se ha ajustado ligeramente a la baja⁵⁸. Este nuevo “recorte” se ha justificado por el Gobierno por la adopción de una nueva metodología técnica de referencia para el cálculo de dicha rentabilidad, que ahora se basa en el “coste medio ponderado del capital”, metodología que al parecer es más habitual en nuestro entorno.

96. De gran relevancia para esta contribución es la previsión contenida en el citado decreto-ley, consistente en que las instalaciones que tuvieran reconocida una retribución primada a la entrada en vigor del RD-ley 9/2013 (como es el caso de todas las que han acudido a arbitrajes internacionales de inversiones) podrán seguir manteniendo - con carácter excepcional - la tasa de rentabilidad correspondiente al periodo regulatorio precedente (cabalmente, el 7,398%) durante los próximos 12 años, en lugar del aprobado para el nuevo periodo regulatorio (disp. Final Tercera, bis). Este régimen excepcional se supedita, empero, al cumplimiento de alguna de estas condiciones, dependiendo de la situación procesal en la que se encuentren las reclamaciones deducidas contra España por las empresas titulares: (a) en el caso de que no hayan litigado todavía: que no inicien un procedimiento judicial o arbitral en relación con la modificación del régimen retributivo; (b) en el caso de que el procedimiento arbitral o judicial se

⁵⁷ Desde el punto de vista de la teoría y de la sistemática clásica del control de *legalidad* de los poderes internos del Estado por su actividad jurídica *dirigida* a los súbditos o particulares de ese mismo Estado (ya sean nacionales o inversionistas allí afincados) no deja de resultar llamativo e intrigante el mecanismo de estos “arbitrajes”: son resueltos al margen del Derecho interno (*ius loci* de la inversión) y del de la misma Unión (infraestructural de las inversiones europeas) por personas físicas que ni son jueces ni forman parte de un auténtico poder judicial interno o internacional, y por medio de sus laudos se puede *condenar* a un Estado soberano -a requerimiento de empresarios privados sometidos al *imperium* de dicho Estado- sobre la base de vaporosos principios ius-internacionales. A nuestro juicio se trata de un mecanismo espurio (o al menos que se debe contemplar con recelo) desde el punto de vista del principio constitucional de legalidad interna, pues el control del que se habla al principio de esta nota debería estar encomendado exclusivamente a los tribunales del Estado huésped de la inversión. De otro modo se consagra una peligrosa escisión o dicotomía (cuestionable incluso desde el principio de igualdad) entre los inversores nacionales y los foráneos, al tener estos a su alcance medios resolutorios en principio más *flexibles* y teóricamente más cercanos a sus reivindicaciones.

⁵⁸ Este régimen económico afecta a cerca de 64.000 instalaciones, que son las que hay actualmente en España. Según el nuevo *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima* (PNIEC), cuya propuesta ha sido aprobada a principios de 2020 por el Gobierno, España tendría que desarrollar aún más de 30 GW de proyectos fotovoltaicos de aquí a 2030 para cumplir con los objetivos impuestos por las directivas europeas sobre desarrollo de las energías renovables.

encuentre todavía en curso: que desistan del mismo; o (c) en el caso de que el arbitraje haya concluido por medio de laudo “condenatorio” contra España, que renuncien a percibir la indemnización o compensación en él reconocida. En el caso de que las empresas concernidas acepten esta “oferta”, deberán comunicarlo de modo fehaciente a la Administración estatal antes del 20 de octubre de 2020, dando cuenta de su desistimiento del procedimiento iniciado, o la renuncia a la percepción de las indemnizaciones ya reconocidas

97. La causa o justificación de esta cláusula “privilegiada” parece consistir en que el Gobierno la incluyó pensando en la línea de arbitrajes desfavorables que ya había recaído y en un intento de que los inversores internacionales desistieran de dichos procedimientos. Sin embargo, cuando se promulgó el decreto-ley aún no se habían hecho públicos ni el laudo de *Stadtwerke München* ni el de *BayWa*. Es por lo tanto posible que, si el Gobierno hubiera sido concededor de que la saga de los arbitrajes estaba a punto de cambiar netamente de rumbo (en su favor) no hubiera incluido este régimen privilegiado. Paradójicamente, pues, esta nueva regulación exclusiva supone un giro inesperadamente favorable para las empresas beneficiarias, dado que los dos citados laudos arbitrales (que se hicieron públicos solo algunos días después de la entrada en vigor del decreto-ley) hacen presagiar una línea arbitral resolutoria de los tribunales de arbitraje de inversiones, contrario a las tesis de las empresas.

98. Pero este no parece ser el punto final en lo que aquí hemos denominado “historia interminable”. La razón es que el Decreto-Ley 17/2019 ha de ser precisado en sus aspectos técnico-económicos últimos (“parámetros retributivos”) por medio de una Orden Ministerial (OM). En febrero de 2020 el Gobierno hizo público el borrador de la citada Orden, que fue unánimemente criticada por las asociaciones de generación de electricidad renovables. A juicio de aquellas, la nueva metodología de cálculo prevista en la OM supondría un nuevo recorte en la retribución de esta electricidad, que el sector ha cuantificado en cerca de mil millones de euros, según la prensa especializada. Fuentes del sector regulado afirmaron que si no se atenuaba y suavizaba el impacto financiero antes mencionado, “no tendrán más remedio” que acudir a los tribunales...⁵⁹. La citada reglamentación fue finalmente aprobada como Orden TED/171/2020, de 24 de febrero (BOE del 28).

99. Como puede apreciarse, la batalla judicial por los cambios regulatorios en materia de energías renovables está lejos de poder darse por concluida. En este posible nuevo capítulo, sin embargo, las empresas tendrán que partir de unos presupuestos jurídicos asaz más desfavorables que en el pasado, pues la jurisprudencia europea y española, así como los arbitrajes *Stadtwerke München* y *BayWa* actúan ciertamente en contra de la culminación positiva de sus intereses. El tiempo dirá, pues, si la litigiosidad por los cambios regulatorios de las energías renovables ha llegado a un punto muerto o sigue recorriendo otros meandros sobre la base de nuevos postulados y argumentaciones jurídicas.

⁵⁹ Vid. *Cinco Días*: “Renovables y cogeneración abrirán un frente judicial al Gobierno por los nuevos recortes”, edición del 17 de febrero de 2020.