



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho de la Energía
y Transición Energética

Controversias y posiciones jurídicas en relación con el régimen retributivo primado de las
instalaciones de energías renovables en España

Trabajo fin de estudio presentado por:	Karem Ivette Lora Kesie
Tipo de trabajo:	Trabajo de Fin de Master
Director:	Jose Maria Pernas Alonso
Fecha:	Junio 20 de 2024

Resumen

El TFM tiene por finalidad entender los argumentos legales esbozados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España frente a los alegatos de responsabilidad endilgados por los inversionistas de las energías renovables, debido a los perjuicios sufridos con ocasión del cambio de regulación y, en consecuencia, el cambio de las reglas a aplicar a estas inversiones, frente a los argumentos de derecho del CIADI para comprometer la responsabilidad del Reino de España por el cambio de regulación en vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía, como tratado de protección de la inversión extranjera. Sin olvidar el análisis de la medida frente a la figura jurídica de ayudas de estado y la distorsión en el mercado que pudiera causar por una competencia desigual entre competidores.

Palabras clave: Petrificación Legislativa. Cambio Regulatorio. Ayudas de Estado. Régimen Retributivo. Riesgo Regulatorio. Seguridad Jurídica.

Abstract

The purpose of the TFM is to understand the legal arguments of the Constitutional Court and the Supreme Court of Spain against the allegations of responsibility made by renewable energy investors, for the damages suffered due to the change in regulation and, consequently, the change in the rules to apply to these investments, against the legal arguments of the ICSID to compromise the responsibility of the Kingdom of Spain for the change in regulation in violation of the Energy Charter Treaty, as a foreign investment protection treaty. In addition, the TFM analyses if the regulation constituted “Ayudas de Estado” that causes distortion in the market due to unequal competition between competitors.

Keywords: Legislative Petrification. Regulatory Change. State aid. Remuneration Regime. Regulatory Risk. Legal Certainty.

Índice de contenidos

1.1.	Justificación del tema elegido	7
1.2.	Problema y finalidad del trabajo	8
1.3.	Objetivos.....	9
2.	Marco teórico y desarrollo	10
2.1.	Marco jurídico de las primas	10
2.2.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	12
2.2.1.	Los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y la inmutabilidad de la regulación.....	12
2.2.2.	El riesgo regulatorio.....	15
2.2.3.	Principio de irretroactividad de las normas	16
2.3.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	17
2.4.	Laudos Arbitrales CIADI	19
2.4.1.	Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/36.....	19
2.4.2.	Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/14/1.....	23
2.4.3.	Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/15.....	24
2.4.4.	Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/42.....	25
2.4.5.	Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/14/18.....	26
2.5.	Análisis de las posiciones jurisprudenciales	28
2.6.	Ejecución de Laudos proferidos por el CIADI	36
2.7.	Denuncia del Tratado sobre la Carta de la Energía	42
3.	Conclusiones.....	46
	Referencias bibliográficas.....	57
	Listado de abreviaturas	69

Introducción

Con el fin de incentivar el desarrollo de las energías renovables y cumplir las metas de descarbonización señaladas por la Unión Europea, España expide el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, estableciendo un sistema retributivo, especial, para las energías renovables, que tenía por fin garantizar una rentabilidad razonable de estos proyectos, permitiéndoles competir en condiciones de igualdad o, incluso, en condiciones de mayor favorabilidad, con otras tecnologías de generación de energía eléctrica con fuentes no renovables. Sin embargo, la crisis económica por la que atravesó España en 2008 y el déficit en el sector eléctrico conllevaron al recorte o eliminación de las primas a las renovables.

De esta manera, se profieren normas, a partir del año 2013, mediante las cuales se redujeron las primas a las renovables y se establecieron otras medidas, afectándose, principalmente, a las instalaciones fotovoltaicas y parques eólicos. Es así como el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, estableció un nuevo sistema retributivo para las energías renovables, basado en la rentabilidad razonable de una empresa eficiente y bien gestionada, considerado acorde a la Constitución española (CE) en reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional (TC), al desestimar los distintos recursos de inconstitucional presentados en contra de la citada norma, considerando que no vulneraba los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad, afirmando que “los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente ... ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia ...” (FJ 7 TC 270/2015 y FJ 4 TC 61/2016).

Este nuevo esquema de retribución y su posterior reglamentación es reiterado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, expidiéndose el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, a partir de cuya vigencia cesa la aplicación del régimen transitorio previsto en la Ley 24/2013, y se adoptan las medidas de (i)

reducción hasta en un 40% de las primas a las renovables, (ii) limitación a las horas de funcionamiento para las instalaciones fotovoltaicas y eólicas que podían beneficiarse de las primas, lo cual afectó la rentabilidad de las plantas solares y eólicas, ya que no podían generar ingresos durante todo el año, (iii) modificación a la fórmula de cálculo de las primas, y (iv) eliminación de las primas para las instalaciones, lo que muy seguramente desincentiva la inversión en nuevos proyectos, estableciendo un régimen para adaptarlo a las condiciones del mercado y las necesidades del sistema eléctrico.

El cambio de regulación, conllevó a los inversionistas extranjeros a demandar al Reino de España por los perjuicios sufridos en razón de la expedición de la nueva normativa, en primer lugar, ante el Tribunal Supremo (TS) y, en segunda instancia, ante entidades internacionales, invocando la vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía, tratado internacional que España había firmado para proteger las inversiones extranjeras.

Las demandas ante el TS son presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, considerando que el RDL 9 de 2013 modificó sustancialmente el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones de energías renovables, incluidas las ya existentes, y con sustento en el cual se hicieron las inversiones, causándose un daño que no se tiene el deber jurídico de soportar, considerando que se incurre en aplicación retroactiva del nuevo régimen, expropiación o vulneración de derechos adquiridos al amparo del RD 661 de 2007, y vulneración de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y jerarquía normativa. En jurisprudencia reiterada, el TS desestima las reclamaciones indemnizatorias argumentando que la medida no es inconstitucional conforme lo establecido por el TC, que no constituye expropiación alguna en razón de que no produce efectos sobre derechos adquiridos, es decir consolidados en el patrimonio del demandante, es aplicable a todo el sector de las energías renovables y no puede existir un derecho a la petrificación de la normativa vigente, lo que significa que el Estado tiene el derecho o el deber de modificar la normativa vigente, pudiendo los inversionistas exigir la rentabilidad razonable consagrada en la norma más no a la rentabilidad vigente al momento de la inversión.

Por el contrario, autoridades arbitrales internacionales, como el CIADI, en aplicación de tratados internacionales, protegieron los derechos de los inversores en un contexto de

cambio normativo y desafíos económicos, condenando a España al pago de cuantiosas indemnizaciones, considerando que “España «viola la Sección III del Tratado de la Carta de la Energía con respecto a las inversiones de las demandantes y, específicamente, los derechos en virtud del artículo 10», que hace referencia a un trato justo y equitativo” (SERRATO, F 2023).

El estudio tiene por fin analizar los argumentos esbozados ante el TC, TS y el CIADI, en especial, los referidos a los conceptos de petrificación legislativa y riesgo al cambio regulatorio, a fin de entender la obligación que se le puede hacer exigible a un Estado debido a la normativa expedida; exponer la protección especial que ampara al inversionista extranjero en razón de tratados internacionales de protección de inversiones como el Tratado sobre la Carta de la Energía, bajo la cual los argumentos de derecho expuestos en el derecho interno español no fueron aceptados, revisar la ejecución de los laudos expedidos en favor de inversionistas y los bienes del Reino de España que han sido objeto de embargo. En adición, se analizará si la indemnización por la derogatoria del régimen retributivo establecido RD 661 de 2007 corresponde a una ayuda de Estado que le permitiría a las empresas de energía renovables indemnizadas competir en el mercado de energía en una mejor posición respecto de otras inversiones de generación.

La metodología a utilizar para la elaboración del TFM se fundamentará principalmente en el análisis jurídico de la normativa y la jurisprudencia nacional e internacional citada en el mismo.

1.1. Justificación del tema elegido

El cambio de regulación en sectores regulados, como el energético, es una constante. En este sentido, es importante analizar si el cambio normativo puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado legislador o si, por el contrario, el cambio de regulación es un riesgo asumido por los agentes del sector. De manera puntual, respecto de la modificación del régimen de retribución primado de las instalaciones de las energías renovables, que pudiera servir de precedente para otros casos, incluso foráneos, se considera importante el análisis de la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles como los laudos de los órganos internacionales de solución de conflictos, en la medida en que con argumentos de derecho distintos y con sujeción a normas jurídicas distintas, adoptaron decisiones contradictorias

respecto de las demandas de responsabilidad patrimonial de España en razón del daño antijurídico causado con el cambio de regulación. En adición, se considera importante el análisis del caso frente a la figura de ayudas de Estado y la posible competencia desleal causada entre generadores de energía con fuentes distintas.

Este análisis puede servir de ayuda a estudiantes de derecho, órganos de regulación y agentes del sector de energía.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

El problema que abordará el TFM se centra en el debate jurídico por la eliminación del régimen retributivo de las primas a las instalaciones de energías renovables en España. Específicamente, se analizará la jurisprudencia del TC y TS español en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador en casos de cambio de regulación y el análisis legal del CIADI que lleva a la protección de las inversiones de extranjeros en España por el cambio de regulación en aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía y determinar si la normativa aplicable conlleva a la aplicación de postulados de petrificación legislativa o son otros principios de derechos los que fundamentaron el deber de indemnización a cargo de España.

La finalidad de este trabajo es:

1. Analizar la jurisprudencia relevante: Estudiar la jurisprudencia nacional e internacional proferida por las autoridades ante las cuales se debatió la afectación patrimonial por las medidas adoptadas por España y cómo se aplicaron en casos específicos de inversores nacionales e internacionales.
2. Contribuir al debate sobre políticas energéticas: Proporcionar información relevante para futuras decisiones de política energética y protección de inversiones en el sector.

En resumen, este trabajo busca continuar con el análisis jurídico de un tema crucial en el contexto de las energías limpias y las inversiones internacionales en España.

1.3. Objetivos

1. Analizar el sistema de primas a la instalación de energías renovables en España: Se realizará una breve exposición de la normativa vigente bajo el RD 661 de 2007 y los cambios expuestos por el RDL 9 de 2013 y el RD 413 de 2014.
2. Estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español: Se analizarán las decisiones judiciales relacionadas con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el contexto de la “petrificación legislativa” y la aplicación de esta doctrina y otros principios de derecho en el caso de las inversiones en energías renovables.
3. Explorar el papel del Tratado sobre la Carta de la Energía: Se analizará cómo este tratado internacional firmado por España protege las inversiones internacionales y los argumentos del CIADI, para resolver las disputas entre los inversores extranjeros y Reino de España.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. Marco jurídico de las primas

Dados los compromisos de descarbonización, a partir del uso de una energía sostenible, segura y competitiva, adoptados por la UE, el marco normativo de España tendió hacia un impulso y fortalecimiento de las energías renovables, que inicia con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la cual tuvo varios desarrollos y reformas, buscando incentivar dicho sector, con el fin de cumplir con los objetivos de la transición energética establecidos por la Unión Europea y España. La Ley 54/1997 consagró dos regímenes normativos diferentes, el Régimen Ordinario, aplicable a las centrales de generación tradicionales y el Régimen Especial para los generadores de energía eléctrica a partir de energías renovables. En el Régimen Ordinario, la retribución se obtiene del precio del mercado mayorista de la energía eléctrica. En el Régimen Especial o Primado, los generadores se beneficiaban de una prima fijada por el Gobierno español por encima del precio del mercado mayorista por kWh de energía producida.

Mediante el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo se estableció un Régimen Especial para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables y otras tecnologías limpias, diferenciándolo del Régimen Ordinario aplicable al resto de instalaciones de producción de energía eléctrica. En adición, estableció como complemento a su Retribución la percepción de una prima por encima del precio del mercado mayorista por kWh de energía producida, la cual consideraba factores como el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía y la eficiencia energética y los costes de inversión en que se haya incurrido. En adición, el RD436/2004 estableció un compromiso de estabilidad: "Las tarifas, primas, incentivos y suplementos que resulten de cualquiera de las disposiciones previstas en estas secciones se aplicarán exclusivamente a las plantas que comiencen a operar con posterioridad a la fecha de entrada en vigor a que se refiere [...] y no tendrán efecto retroactivo sobre ninguna de las tarifas y primas anteriores" (art. 40 RD436/2004).

Posteriormente, se expide el Real Decreto No. 661/2007, que se constituye en un marco reglamentario importante de estímulo a la inversión en proyectos de energía renovable.

En desarrollo del citado RD, se expide el Real Decreto 1578/2008 de 26 de septiembre, referido a la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica, creando el registro de preasignación de retribución, el cual sería condición necesaria para tener derecho a retribución consagrada en la norma. A su vez, el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, introdujo el registro de preasignación de retribución para las instalaciones del régimen especial, distintas a las FV, el cual también, sería condición necesaria para el otorgamiento del derecho al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007.

Bajo la normativa imperante entre los años 2004-2007 y 2013, que consagraba beneficios para los inversores, se estructuraron y pusieron en marcha infraestructuras de renovables para la generación de energía eléctrica. No obstante, por distintas razones, déficit del sector, recesión económica, alza de precios y amplio auge de estas infraestructuras, entre otras, se introduce una nueva regulación que, en criterio de los inversores, constituyeron una vulneración de la confianza legítima y expectativas legítimas a que su inversión se regiría por la normativa existente al momento de efectuarse.

Bajo este nuevo régimen, se expide el Real Decreto Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, por el cual se reduce a cero la prima prevista en el RD661/2007, el RDL 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, derogando el régimen económico creado por el RD661/2007 y sustituyéndolo por un nuevo modelo retributivo, basado en criterios de eficiencia (costes de inversión, costes de explotación).

Seguidamente, se expide la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, derogando la Ley 54 de 1997, ratificando e introduciendo una nueva regulación que constituyó una vulneración de la confianza legítima y expectativas legítimas a que la inversión ejecutada se regiría por la normativa existente al momento de efectuarse. Entre otras materias, la Ley 24/2013 elimina la distinción entre Régimen Ordinario y Régimen Especial y se consagran los principios de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico como principios rectores de la actuación de la Administración Pública. Mediante el RD 413/2014, por el que se

regula la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, la cogeneración y los residuos, se implementó el régimen establecido por el RDL9/2013 y la Ley 24/2013.

España ratificó el Tratado sobre la Carta de la Energía, el cual establece en su art. 10 el compromiso de conceder a las inversiones extranjeras de los Estados signatarios, un trato justo y equitativo. Con la aprobación del RDL 9/2013, conforme la reiterada jurisprudencia arbitral internacional, se establece que España ha incumplido las obligaciones contraídas con los inversores extranjeros, al modificar el régimen retributivo anteriormente vigente y creando un nuevo régimen, absolutamente distinto al existente al momento de la ejecución de las inversiones en renovables en España, vulnerando expectativas legítimas y los principios de un TJE.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.2.1. Los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y la inmutabilidad de la regulación

En sentencias No. 270-2015, 29/2016, 30/2016, 42/2016, 61/2016, el Tribunal Constitucional consideró que los cambios introducidos al RD 661/2007 por el RDL 9/2013 no constituyen vulneración a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, con fundamento en los siguientes argumentos:

- a. El principio de seguridad jurídica se entiende “como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho”. En el caso en estudio se trata de una norma clara, “con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados” (FJ 7 STC 270/2015, FJ 4 STC 19/2016, FJ 4 STC 29/2016, FJ 4 STC 30/2016, FJ 4 STC 42/2016 y FJ 4 STC 61/2016).
- b. El sector energético, en el cual se encuentra inmerso la prestación de servicios esenciales, el interés general y el bien común, es sujeto a una elevada intervención administrativa y regulatoria “que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha

Karem Ivette Lora Kesie

Controversias y posiciones jurídicas en relación con el régimen retributivo primado de las instalaciones de energías renovables en España

regulación a una cambiante realidad económica” (FJ 7 STC 270/2015, FJ 4 STC 19/2016, FJ 4 STC 29/2016, FJ 4 STC 30/2016, FJ 4 STC 42/2016 y FJ 4 STC 61/2016).

- c. El principio de confianza legítima no protege ni garantiza la estabilidad regulatoria ni la inmutabilidad de las normas precedentes. Con fundamento en los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no se puede exigir el derecho “a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad” (FJ 7 STC 270/2015, FJ 4 STC 19/2016, FJ 4 STC 29/2016, FJ 4 STC 30/2016, FJ 4 STC 42/2016 y FJ 4 STC 61/2016).
- d. En criterio del TC, si bien el Real Decreto-ley 9/2013 introdujo modificaciones importantes a la normativa anterior, el legislador tenía competencia para adoptar dichas medidas en razón de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico (dificultades económicas y crecimiento del déficit del sistema eléctrico). En este orden de ideas, el TC considera que no se vulneran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en caso de cambios de ley repentinos, de urgencia, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.
- e. Los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (FJ 13 SSTC 182/1997 y FJ 3 SSTC 183/2014) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (FJ 6 STC 237/2012).
- f. El derecho se encuentra en un devenir constante por lo que estos principios constitucionales “no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento”. El TC considera que es “inviabile la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica” (FJ 7 STC 270/2015, FJ 4 STC 19/2016, FJ 4 STC 29/2016, FJ 4 STC 30/2016, FJ 4 STC 42/2016 y FJ 4 STC 61/2016).

- g. En Sentencia 19/2016, el TC precisa que el Estado debe intervenir con su regulación en sectores en los que se encuentra involucrado el interés general “pues es precisamente la protección de esos intereses generales la premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias” (FJ 4 STC 19/2016).

En relación con la confianza legítima, BLANCO MOA (2018, p. 138) enseña que “respecto al principio tratado, la jurisprudencia comunitaria ha definido sus características básicas del siguiente modo: A) Su invocación debe basarse en una acción imprevisible de la Administración. B) Las expectativas solo se protegen si se sostienen en bases objetivas y se les causa un daño real, efectivo, no previsible y punitivo. C) Estando en juego intereses privados y públicos, se debe justificar la importancia de los últimos y que estos se verían frustrados si se introdujesen poco a poco medidas transitorias (Martínez Moya, 2012: 50)”.

En este sentido concluye que las decisiones respecto de la aplicación de este principio deberían determinar qué se entiende por expectativas legítimas y cuándo aplica dicha figura jurídica, análisis que debe darse considerando los casos particulares, pues “en el ámbito de las energías renovables, se enfrentarían a los intereses públicos, ... (Jiménez Piernas y Pascual Vives, 2015: 143)” (BLANCO MOA 2018, p. 138).

Por último, se transcribe con especial énfasis la afirmación referida a que “Respecto al derecho comunitario, la Comisión Europea en su Comunicación de 5 de noviembre de 2013 Guidance for the design of renewable support schemes había afirmado que en el sector eléctrico deben existir compromisos jurídicos a largo plazo. Así, continúa, las reformas energéticas deben ser especialmente cuidadosas para evitar modificar la rentabilidad de las inversiones y traicionar las expectativas legítimas de los inversores (Arana García, 2014: 152)” (BLANCO MOA 2018, p. 139), por cuanto, como se analiza más adelante en el presente escrito, debe diferenciarse los conceptos de potestad soberana legislativa y riesgo regulatorio de los conceptos jurídicos de límites al cambio regulatorio y violación de derechos cuando el cambio regulatorio quebrante dichos límites.

2.2.2. El riesgo regulatorio

BLANCO MOA (2018, p. 137) informa que el riesgo regulatorio se define como la posibilidad existente de que las normas básicas de un determinado sector –regulado– varíen, y con eso se frustren las estrategias y expectativas de los operadores de ese sector, fundadas en la regulación anterior, el cual suele ser asumido por el operador privado, conforme reiterada jurisprudencia del TS. En este sentido, el TS, en Sentencia 657/2019, indica que no puede entenderse que exista una petrificación de la legislación o regulación de un sector, en la medida en que el derecho es cambiante, por lo que los administrados, en este caso, los inversores, deben asumir la carga del riesgo regulatorio, es decir, de la modificación del ordenamiento jurídico, razón por la cual, los principios de confianza legítima y seguridad jurídica no despliegan sus efectos en sectores de alta y vital regulación, por lo que, entre otros argumentos, no se condena a España por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

En el Laudo CIADI No. ARB/15/42, el Tribunal reconoce el derecho soberano del Estado a legislar y regular, en especial en casos de interés público. No obstante, comparte la opinión del Tribunal del caso AES contra Hungría, en el que se acepta el derecho del Estado “a legislar o regular de una manera que pueda afectar negativamente la inversión de un reclamante, siempre que el Estado actúe razonablemente en las circunstancias y con miras a lograr objetivos de política pública objetivamente racionales” (FJ 13.3.2. ICSID No. ARB/07/22), por lo que concluye, que los cambios regulatorios deben ser razonables, no arbitrarios ni discriminatorios y no deben exceder el margen aceptable de la facultad reglamentaria normal del Estado en aras del interés público, pues de exceder dicho límite, nace la obligación de indemnizar por el daño causado por incurrir en violación de la obligación del TJE. De lo expuesto, se observan dos posturas diametralmente diferentes, la del TS que enseña que el cambio regulatorio, sin que existan excepciones o condiciones, no compromete la responsabilidad del Estado Legislador, en oposición a la del Tribunal Arbitral que señala que, en aquellos casos de cambios radicales, en los que se dismantela todo un sistema o posición normativa para ser sustituida por otra que le es opuesta, de causar un perjuicio, el mismo sí compromete la responsabilidad del Estado.

2.2.3. Principio de irretroactividad de las normas

En sentencias No. 5347-2013, 29/2016, 30/2016, 42/2016, 61/2016 el Tribunal Constitucional consideró que los cambios introducidos al RD 661/2007 no constituyen vulneración al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), con fundamento en los siguientes argumentos:

- a. El TC considera que si bien el nuevo sistema retributivo establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013, requiere de reglamentación para su aplicación efectiva, manteniéndose la aplicación de los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, con carácter transitorio, hasta la expedición de los reglamentos que permitan su aplicación, no puede considerarse que la norma es retroactiva, vulnerando el principio de irretroactividad de las leyes.
- b. El principio de irretroactividad de las leyes que garantiza el art. 9.3 CE se predica de las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Por lo que el legislador, en casos distintos a los señalados puede dictar normas “del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (FJ 4 STC 49/2015)”.
- c. La irretroactividad de las leyes sólo es aplicable a los derechos consolidados o, como se conoce en Colombia, derechos adquiridos, es decir aquellos que han entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que forman parte de él, no pudiendo ser arrebatados o vulnerados. En contraposición, no se garantiza respecto de las meras expectativas, los derechos pendientes, futuros, condicionados. Eso significa que las leyes pueden afectar derechos derivados de situaciones jurídicas nacidas bajo la ley anterior pero no consolidadas, esto es, que siguen produciendo efectos.
- d. El TC considera que el art. 9.3 CE no establece “una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento” (FJ 5 STC 19/2016).

- e. En este sentido, el Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigencia, aunque la cuantificación precisa de sus efectos se conozca de manera posterior, al momento de la entrada en vigencia de la reglamentación al mismo. En consecuencia, las retribuciones que se generen a partir de la entrada en vigor de la norma, al no haberse consolidado e incorporado en el patrimonio de su titular, no constituyen derechos adquiridos o situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas, pudiendo regirse válidamente, en concepto del TC, por la nueva norma (FJ 5 STC 19/2016).

2.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En Sentencia TS 1848/2017 el TS expone que la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador procede solo cuando una ley (i) declarada inconstitucional o violatoria del ordenamiento de la UE, o (ii) acorde a la CN, sea materialmente expropiatoria o confiscatoria de derechos adquiridos o imponga sacrificios singulares; causando un daño antijurídico. Precisa que el Real Decreto Ley 9/13 no fue declarado inconstitucional por el TC, por no vulnerar los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de confianza legítima, en la medida en que la confianza legítima y la certeza del derecho no significa que las normas no puedan modificarse, «más aún -como sucede en el presente caso-, en un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica» (FD 3 STS 1848/2017).

En este tema, el TS comparte la posición del TC referida a que no hay un derecho a la inmutabilidad de las normas o la estabilidad regulatoria, la cual es, por demás, “compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general” (FD 3 STS 1848/2017). Por lo que, lo único que pueden exigir los titulares de las instalaciones es un derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no un derecho a que se mantenga inalterado el marco retributivo con arreglo al cual se realizó la inversión. En este sentido, el TS considera que debe distinguirse entre mantener una rentabilidad razonable, aplicada mediante distintos esquemas que generen dicho resultado, y

mantener la rentabilidad que se obtenía con la prima. Las sentencias del TS 494/2018, 865/2017, STS 3711/2017, STS 2059/2017, STS 2042/2018, y STS 2727/2018 ratifican esta posición.

Se destaca que en la STS 2042/2018 se indica que la modificación de la norma no es retroactiva, pues se aplica a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado y se encuentran en curso al momento en que cobra vigor la nueva norma, fenómeno propio del efecto en el tiempo de las normas jurídicas, lo cual “no implica una retroactividad prohibida, al no afectar a los derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. sin incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Lo contrario supondría reconocer el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también para el futuro, negando al legislador la posibilidad de establecer una rentabilidad global distinta para estas instalaciones a lo largo de toda su vida útil que se separase de aquella que ya venían percibiendo”. (FD 9 STS 2042/2017).

De otro lado, el TS en Sentencia 657/2019, analiza la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador presentada por FOTOVOLTAICAS SUCRO, S.L debido al cambio jurídico y económico consagrado en el RD 413/14 y la Orden IET/1045/14. La demanda plantea que la modificación del régimen retributivo que se aplicaba a las instalaciones de renovables vulnera los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima y de irretroactividad (arts. 9.3 CE y 3.1 de la Ley 30/92), causando perjuicios por la eliminación de la prima equivalente a la energía eléctrica producida desde 14 de julio de 2013, que se venía percibiendo como complemento de la venta de energía en el mercado y las nuevas retribuciones establecidas en las precitadas normas, cuantificándose los perjuicios en 99.272,92 €.

El TS precisa que el nuevo régimen retributivo aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado aplica desde la fecha de entrada en vigencia del RDL 9/2013, aunque la cuantificación de dicha retribución se diera de forma posterior con la expedición de la reglamentación correspondiente, con lo cual no puede entenderse que la

norma es violatoria de derechos adquiridos o de derechos consolidados e incorporados en el patrimonio del destinatario o de situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. En relación con la rentabilidad razonable, determina que dicho derecho no puede eliminarse, siendo dicho hipotético caso susceptible de indemnización, pero, tampoco existe derecho a que se mantenga durante la totalidad de la vida útil de la instalación la rentabilidad vigente al momento de la inversión, con lo cual, de darse cambios en normas, pero manteniendo la rentabilidad razonable de la inversión, no puede reclamarse indemnización alguna. De manera expresa, el TS señala que “El marco retributivo existente en la fecha de la inversión no puede quedar garantizado durante toda la vida útil de las instalaciones, algo inconciliable con los parámetros económicos -cambiantes- vigentes en cada momento y a los que necesariamente ha de adaptarse el marco regulatorio” (FD 2 STS 657/2019). Por lo anterior, desestima las pretensiones del demandante.

2.4. Laudos Arbitrales CIADI

2.4.1. Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/36

En el caso OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG contra el Reino de España, el laudo se sustenta en las siguientes premisas:

- 1) El Tribunal tiene jurisdicción debido a que la jurisdicción se funda en el TCE.
- 2) España, como parte del Convenio del CIADI, está expresamente obligada por el Laudo del Tribunal y no tiene opción de apelación fuera del sistema del CIADI.
- 3) El laudo es vinculante y debe cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo dentro de su territorio como si se tratara de una sentencia definitiva de un tribunal en España.
- 4) El Trato Justo y Equitativo (TJE), conforme reiterada jurisprudencia, incluye el respeto de las expectativas legítimas del inversor.
- 5) Cita el laudo del caso Electrabel, en el que se establece que “el trato justo y equitativo están relacionados en el TCE con el fomento de condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores” y “la función más importante de la norma de trato justo

Karem Ivette Lora Kesie

Controversias y posiciones jurídicas en relación con el régimen retributivo primado de las instalaciones de energías renovables en España

y equitativo es la protección de las expectativas razonables y legítimas del inversionista” (FJ 426 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

6) El registro de la instalación en el RAIPRE es sustento de las expectativas legítimas de los inversores.

7) El Artículo 44(3) RD 661/2007 consagra una promesa de estabilización clara y expresa al consagrar que “las revisiones [...] no afectarán a las instalaciones para las que se haya concedido el certificado de funcionamiento”, lo cual, como lo señala el laudo de Masdar puede entenderse como un “compromiso específico”, el cual crearía “expectativas legítimas de que los beneficios concedidos por el RD 661/2007 se mantendrían inalterados” (FJ 521 Laudo Arbitral CIADI No. ARB/14/1 y FJ 483 Laudo Arbitral CIADI No. ARB/15/36).

8) Lo anterior se entiende como un derecho a la retribución a favor de los inversores.

9) El Estado tiene derecho a regular. En virtud de esta facultad, el Estado había consagrado un “compromiso expreso de estabilidad” en el artículo 44(3) del RD 661/2007, protegiendo al inversionista de los “cambios legislativos o regulatorios” (FJ 485 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

10) Cita al tribunal de Novenergia, el cual consideró que “la legislación y la regulación española “crearon un clima de inversión muy favorable para los inversores [en energías renovables], y el núcleo de dicho clima de inversión era el Régimen Especial”,⁸⁷⁵ que incluía “declaraciones o garantías”⁸⁷⁶ que, en vista del tribunal, “tenían por objeto incentivar a las empresas para invertir considerablemente en el sector eléctrico español” -en su mayor parte, a través de la aplicación de un FIT garantizado por el Real Decreto (RD) 661/2007-, y que el tribunal estimó que “la Demandante había realizado la inversión en función de los términos previstos en el RD 661/2007”.⁸⁷⁷ Esto llevó al tribunal de Novenergia a concluir que las “expectativas iniciales del inversor eran legítimas, ya que no había nada que contradijera el FIT garantizado en el RD 661/2007 [...]. En otras palabras, el Tribunal concluye que la Demandante tuvo una expectativa legítima y razonable de que no se producirían cambios radicales o fundamentales en el Régimen Especial según lo establecido en el RD

11) Comparte la posición de los tribunales de Masdar y Novenergia y considera que el artículo 10(1) del TCE incluye la obligación de proporcionar una estabilidad fundamental del régimen económico y legal vigente, y que el TJE protege contra los cambios en las “características esenciales del régimen regulatorio en el que se basaron los inversores” (FJ 508 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

12) Los Estados tienen libertad regulatoria en los distintos sectores de la economía; no obstante cuando el cambio regulatorio o normativo es absoluto o radical se incurre en incumplimiento del requisito o deber de “estabilidad inherente al TJE” (FJ 509 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

13) Al respecto cita al tribunal de Antin, basado en Charanne y Eiser, el cual expresa que “[...] la obligación prevista en el artículo 10(1) del TCE de proporcionar un TJE a las inversiones protegidas incluye la obligación de proporcionar una estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen jurídico en el que se basan los inversores para realizar inversiones a largo plazo. Esto no significa que el marco jurídico no pueda evolucionar o que un Estado Parte del TCE no pueda ejercer sus facultades reglamentarias para adaptar el régimen a las circunstancias cambiantes de interés público. Más bien, significa que un régimen regulatorio creado específicamente para inducir inversiones en el sector energético no puede ser radicalmente alterado -a saber, despojado de sus características clave- como se aplica a las inversiones existentes de manera que afecte a los inversionistas que invierten confiando en dichos regímenes.”⁹⁵³” (FJ 532 Award ICSID Case No. ARB/13/31 y FJ 509 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

14) El análisis de la libertad reguladora del Estado debe hacerse a la luz de los principios de razonabilidad y confianza legítima. Considera que no es suficiente para endilgar la vulneración del principio de la confianza legítima la mera confianza en que se mantenga la norma vigente, pues los Estados tienen cierto derecho para modificar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este derecho tiene unos límites: 1) la razonabilidad de la nueva medida o modificación, 2) que

los cambios no sean radicales e inesperados, 3) la no retroactividad de la nueva medida y 4) el deber de indemnizar los perjuicios causados por quebrantamiento de los requisitos anteriores:

“Si bien es comprensible la idea de que los Estados conservan un amplio margen de maniobra para decidir sobre medidas razonables, dicha discrecionalidad no significa necesariamente que un Estado sea libre de modificar las reglas del juego que él mismo estableció, mediante codificación expresa, de tal manera que suponga un perjuicio, en particular para los inversores que ya han realizado inversiones y que no pueden escapar del marco regulatorio. Establecer un marco regulatorio que tenga por objeto atraer a los inversores de determinados sectores empresariales mediante la oferta de diversos incentivos es una práctica común en muchos Estados. El desmantelamiento de estos incentivos para futuras inversiones también puede ser factible y ocurre con frecuencia. Sin embargo, no puede considerarse razonable hacerlo en el caso de inversiones ya existentes para las que los incentivos del pasado constituyeron la base para la inversión, especialmente si se tiene en cuenta la declaración expresa del legislador de que el antiguo régimen seguiría aplicándose a las inversiones ya existentes registradas a pesar de posibles cambios futuros. ...

El RD 661/2007 establecía esta retribución durante toda la vida útil de la planta. A través de esta oferta regulatoria, el Demandado asumió una obligación de estabilidad regulatoria que se tradujo en el impulso de las inversiones en energías renovables en España y generó legítimas expectativas de estabilidad en el marco del TCE. ... En este sentido, el Tribunal está de acuerdo con la evaluación de las medidas españolas de 2013 – 2014 en la conclusión de *Eiser* de que “*el TCE protegió a las Demandantes contra el cambio total e irrazonable que experimentaron*”⁹⁵⁴ y en la conclusión de *Novenergia* de que “*los cambios radicales promulgados por el Reino de España en 2013 y 2014 han abolido definitivamente el FIT a largo plazo fijo y lo han hecho de forma retroactiva*”.⁹⁵⁵ El Tribunal también observa que el tribunal de *Greentech*, basándose expresamente en *Eiser* y *Novenergia*, concluyó que aquellos cambios regulatorios españoles fueron “*radicales e inesperados*” y “*constituían un cambio fundamental en el marco legal y regulatorio que cruzó la línea de una medida regulatoria no*

Karem Ivette Lora Kesie

Controversias y posiciones jurídicas en relación con el régimen retributivo primado de las instalaciones de energías renovables en España

*compensable a una violación compensable del estándar de TJE en el TCE”.*⁹⁵⁶ (FJ 510 – 513 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36 y FJ 513 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

15) Al haber España violado el principio de TJE previsto en el Artículo 10(1) del TCE, es responsable en virtud del derecho internacional, lo que conlleva al deber de indemnizar el perjuicio causado bajo las reglas del derecho internacional consuetudinario, colocando al demandante “en la misma situación en la que se encontrarían si el Demandado no hubiera incumplido el TCE”. Para estos efectos, se tiene como fecha de causación del daño, junio de 2014 porque en dicha fecha “el Demandado, a través de OM IET/1045/2014, definió los parámetros económicos del Nuevo Régimen Regulatorio”, es decir, es la fecha en que España vulnera el TCE en la medida en que “el Nuevo Régimen (Medidas 2013/2014) fue aplicado por España con efecto retroactivo a partir de julio de 2013 y que se trataba únicamente de medidas temporales. ...” (FJ 683 – 513 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/36).

2.4.2. Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/14/1

En el caso MASDAR SOLAR & WIND COOPERATIEF U.A. contra el Reino de España, el Laudo Arbitral del 16 de mayo de 2018 se sustenta en las siguientes premisas:

- 1) No puede entenderse que el Estado no pueda modificar el ordenamiento jurídico, pues el Estado tiene el derecho a legislar.
- 2) No obstante cita al tribunal del caso CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, el cual señala que “No se trata de si el marco jurídico puede necesitar ser congelado, ya que siempre puede evolucionar y adaptarse a las circunstancias cambiantes, pero tampoco se trata de si se puede prescindir totalmente del marco cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. La ley de inversión extranjera y su protección se han desarrollado con el objetivo específico de evitar tales efectos adversos” (FJ 277 Award ICSID Case No. ARB/01/8 y FJ 486 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/1).
- 3) Las disposiciones de una norma se consideran compromisos específicos de un Estado que generan expectativas legítimas.

4) Esta confianza legítima, para que se consolide, requiere que el inversionista conozca la legislación vigente al momento de la inversión y haya actuado con la debida diligencia.

5) Respecto a lo que se entiende por compromiso específico cita al tribunal del caso de El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (FJ 377 Award ICSID Case No. ARB/03/15), en el que se establece que cuando un Estado expide distintas normas jurídicas, de carácter general, disponiendo medidas o compromisos en el mismo sentido, pueden entenderse como una garantía de estabilidad de la cual se puede confiar: “En segundo lugar, un compromiso puede considerarse específico si su objeto preciso era dar una garantía real de estabilidad al inversor. Por lo general, los textos generales no pueden contener tales compromisos, ya que no hay garantía de que no se modifiquen a su debido tiempo. Sin embargo, una reiteración del mismo tipo de compromiso en diferentes tipos de declaraciones generales podría, teniendo en cuenta las circunstancias, equivaler a un comportamiento específico del Estado, cuyo objeto y fin es dar al inversor una garantía en la que pueda confiar justificadamente” (FJ 505 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/1).

6) El artículo 44.3 del RD661/2007 consagraba una cláusula de estabilidad, al establecer que “Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión” (FJ 501 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/1). En igual sentido, el artículo 4 del RD1614/2010, de 7 de diciembre de 2010, consagraba un compromiso de estabilización.

7) El RD661/2007 contenía normas que generaban expectativas legítimas de que los beneficios otorgados por el RD661/2007 permanecerían inalterados, por lo que la modificación del mismo es un incumplimiento de las obligaciones de TJE del Artículo 10(1) del TCE.

2.4.3. Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/15

En el caso 9REN Holding S.A.R.L contra el Reino de España, el Laudo Arbitral del 31 de mayo de 2019 se sustenta en las siguientes premisas:

1) El Estado puede modificar la legislación, en el caso en estudio, sin responsabilidad patrimonial respecto del inversor, en el ámbito del derecho español. Lo que no ocurre en el ámbito del derecho internacional a la luz del TCE y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que una “parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27 CVDT).

2) Respecto de las expectativas legítimas, el tribunal cita la observación de CNUDMI (2012), en la que se indica que las mismas pueden surgir de “normas que no están dirigidas específicamente a un inversor, sino que se introducen con un objetivo específico de inducir las inversiones extranjeras y en las que se basó el inversor extranjero al realizar su inversión” (FJ 294 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/15), lo cual se encuentra en línea con el análisis del Laudo CIADI No. ARB/14/1 respecto del alcance de los compromisos específicos dados por un Estado.

3) El Artículo 44(3) del RD 661/2007 consagra un compromiso de no retroactividad claro y específico.

4) Considera que las normas del Estado si otorgaban una expectativa legítima de que se mantuviera la regulación, dando lugar a la violación del TJE.

2.4.4. Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/15/42

En el caso HYDRO ENERGY 1 S.À R.L. E HYDROXANA SWEDEN AB contra el Reino de España, que trata sobre el cambio normativo respecto de las hidroeléctricas, el Laudo Arbitral del 9 de marzo de 2020 se sustenta en las siguientes premisas:

1) Reconoce el principio de estabilidad consagrado en el art 10 del TCE, el cual forma parte del TJE, estableciendo que “La estabilidad está vinculada a las expectativas legítimas del inversor de que el marco jurídico no se modificará arbitrariamente y de que se respetarán los compromisos. ...” (FJ 553 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/42).

2) No obstante, este principio de estabilidad no significa que el Estado no pueda modificar el ordenamiento jurídico.

3) Reconoce el derecho soberano del Estado a legislar y regular, en especial en casos de interés público.

4) Cita el caso AES contra Hungría, en el que el tribunal, fallando a favor del Estado, dijo: “es la obligación de un Estado de tomar medidas razonables para proteger a sus inversores ... contra el acoso de terceros y/o actores estatales. ... ciertamente no protege contra el derecho de un Estado (como fue el caso aquí) a legislar o regular de una manera que pueda afectar negativamente la inversión de un reclamante, siempre que el Estado actúe razonablemente en las circunstancias y con miras a lograr objetivos de política pública objetivamente racionales.” (FJ 13.3.2 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/42).

5) Los cambios regulatorios deben ser razonables, no arbitrarios ni discriminatorios. En materia de razonabilidad explica, que debe existir un política o fin público racional que motive el cambio y un nexo causal o relación razonable entre la política pública y la medida regulatoria. Lo cual permite tener por no protegidos, los cambios normativos que sean medidas irrazonables o discriminatorias: (a) medidas que causan un daño al inversor sin servir a ningún propósito legítimo (en Colombia se conoce como el principio que prohíbe el abuso del derecho); b) medidas discrecionales sin sustento en norma jurídica; (c) medidas con falsa motivación o desviación de poder; y (d) medidas tomadas con desprecio deliberado del debido proceso y el procedimiento adecuado.

6) Los cambios regulatorios son válidos si no exceden del margen aceptable de la facultad reglamentaria normal del Estado en aras del interés público. De exceder dicho límite, nace la obligación de indemnizar por el daño causado.

2.4.5. Fundamentos legales del Laudo CIADI No. ARB/14/18

En el caso HYDRO ENERGY 1 S.À R.L. contra el Reino de España, el Laudo Arbitral del 6 Mayo de 2022, se sustenta en las siguientes premisas:

1. En relación con las expectativas legítimas, el Tribunal “concluye que, en principio, no existe *un numerus clausus* en cuanto a las formas de acción del Estado que pueden generar expectativas legítimas. En consecuencia, tales

expectativas pueden ser engendradas por cualquier declaración o conducta (explícita o implícita). (FJ 638 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/18, 5/2022).

2. Corrobora que “el Artículo 10(1) del TCE protege a los inversores contra los cambios legislativos que excedan un (amplio) margen aceptable”, explicando la figura de la Estabilidad Relativa, la cual se desprende de la legislación general, definiéndola como la expectativa legítima de que la legislación no estará sujeta a cambios excesivos. Quedando excluida de la Estabilidad Relativa “los cambios que sean irrazonables, injustificados, injustos, inconsistentes, desproporcionados, contrarios al interés público, fundamentales y/o radicales, subversivos, totales, imprevisibles, o cambios que eliminan súbita e inesperadamente los rasgos esenciales del marco normativo anterior”. (FJ 642 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/18, 5/2022).
3. La anterior es producto de una recopilación que hace el Tribunal de laudos proferidos en el pasado, referidos al cambio regulatorio por la derogatoria del régimen retributivo primado, entendiendo que, en todos esos casos, el Tribunal del CIADI consideró que el cambio regulatorio efectivamente excedió el “margen de cambio aceptable”, quebrantándose la confianza legítima o “la obligación autónoma de los Estados, en virtud del artículo 10, apartado 1, del TCE, de crear condiciones estables para la inversión extranjera.” (FJ 642 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/18, 5/2022).
4. Las expectativas legítimas deben evaluarse en el momento en que se realiza la inversión.
5. Dicta criterios para determinar cuando se está frente a una Expectativa Relativa, siendo los siguientes:
 - (i) Magnitud del cambio: Entre más fundamental sea el cambio de la norma, es decir, más esenciales son los elementos del régimen anterior que son

eliminados, es más probable que dichos cambios superen el margen aceptable.

- (ii) Impacto económico: se sustenta en los distintos perjuicios que causa el cambio de la norma. Con lo cual, entre más perjuicio cause al inversor, más probable es que superen el margen aceptable.
- (iii) Brusquedad del cambio: Cuanto más tiempo conceda un Estado al inversor para adaptarse al nuevo régimen regulatorio, es decir, anunciando oportunamente el cambio y/o implementando un período transitorio, más probable será que se respete la estabilidad relativa; por el contrario, si el cambio de régimen presenta incluso elementos de retroactividad, o al menos retroactividad, esto hace que los cambios legislativos sean más propensos a violar las expectativas legítimas.
- (iv) Intereses públicos involucrados: Cuanto más importantes sean los intereses públicos involucrados, más podría haber esperado un cambio un inversionista diligente. Ello se debe a que, como acertadamente señaló la Demandada.
- (v) Práctica legislativa anterior: Cuanto más se aparten las medidas en litigio de los precedentes de efectuar cambios de ley, menos puede entenderse que el inversionista debía esperar que se tomara una decisión de cambio regulatorio.
- (vi) Garantías de estabilidad: analiza si se dieron garantías en cuanto a la estabilidad del marco normativo, para determinar si los cambios posteriores en el marco normativo superaron el margen aceptable. (FJ 681 Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/18, 5/2022).

2.5. Análisis de las posiciones jurisprudenciales

Si bien se entiende la posición del TC y del TS en relación con el cambio regulatorio y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, para concluir la no existencia de un derecho a la petrificación de la regulación, se considera que dicho análisis no contempla premisas importantes como las siguientes:

1. La Ley 24/2013, y su antecesora, establecen que la retribución de las actividades se fijará con criterios objetivos, que incentiven la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico. Así mismo, el objetivo de la norma es garantizar un servicio seguro, de calidad y al menor costo posible para los consumidores. Para prestar un servicio continuo, seguro y de calidad se requiere que el prestador del servicio esencial o de interés económico general maximice la utilización de la infraestructura, mantenga, renueve y amplie la capacidad, y utilice nuevas tecnologías de manera eficiente, participando en una sana y libre competencia, sin que exista una distorsión en el mercado que, precisamente, conlleve a que la libre competencia deje de ser un derecho en beneficio de todos.

Para un inversionista asumir la prestación de un servicio esencial o de interés económico general, requiere no solo que se le module como una empresa eficiente en el mercado, sino que (i) no se fijen tarifas que dispongan un factor de remuneración del patrimonio “inferior al del mercado”, (ii) se cubran los costes de operación, mantenimiento y financiación y (ii) no se incurra en cambios regulatorios sustanciales, en materias tan sensibles como la retribución del servicio esencial o de interés económico general, con efectos retrospectivos, ya que no habría ningún incentivo para que los particulares participaran en la actividad económica de prestación de servicios públicos o esenciales o de interés económico general.

En este sentido, se comparte la posición de los laudos arbitrales expuestos, en la medida en que la expectativa legítima de la metodología tarifaria o retribución a recibir por la instalación corresponde a la existente al momento de proyectar y realizar la inversión, pues es en ese momento en que se realizan los análisis económicos y se asumen obligaciones económicas, financieras, contractuales, regulatorias, ambientales, entre otras, a efectos de desarrollar un proyecto con una vida útil de 20 o 30 años; con lo cual, la modificación de las reglas regulatorias con base en las cuales se proyectan y ejecutan las inversiones y se asume la calidad de prestador de un servicio esencial incidirá en la prestación del servicio y en la garantía de calidad, seguridad y continuidad al que el prestador se encuentra afecto. En el mismo sentido, se pronuncia ALONSO MAS (2017, p. 14-15) al señalar que “el tribunal arbitral indica explícitamente que los ingresos bajo el nuevo régimen se encuentran muy por debajo del nivel requerido para cubrir los costos operativos y de financiación reales de las plantas, menos aún para brindar rentabilidad sobre la inversión alguna”.

No obstante, en sentido contrario se pronuncia DE LA TORRE (2020, p. 479), citando a RODRIGUEZ BAJÓN (2012), quien sostiene que “En ese sentido, en anotación de Rodríguez Bajón: La argumentación sobre el riesgo regulatorio se trae a colación en una posterior sentencia de 25 de octubre de 2006, sobre el caso de la regulación de las energías renovables en España, se precisa (Fundamento 3) que: «Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los “riesgos regulatorios” a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye» (2012, p. 197)”.

Pese que la posición de DE LA TORRE se alinea con la posición del TC y TS, no debemos olvidarnos de la importancia de un marco regulatorio regido por principios de seguridad jurídica y confianza legítima pues, los Estados han entregado la prestación de los servicios públicos o esenciales a los particulares, para dedicarse a las labores de función pública, lo que supone la obtención por parte de dichos particulares de (i) las utilidades propias de un mercado competitivo en condiciones de eficiencia, lo cual es una premisa en estas actividades toda vez que no se puede esperar que la iniciativa privada no sea remunerada o sea subremunerada asumiendo los costes del servicio y (ii) los ingresos para cubrir los costes de una gestión, operación y mantenimiento que garanticen un servicio continuo, seguro y de calidad. Este cuestionamiento nos llevaría a concluir que lo expuesto por el TC y TS en su jurisprudencia implica trasladar el riesgo regulatorio a la parte de la ecuación que, contradictoriamente a lo que sucede en un análisis de asignación de riesgos, no tiene la mejor posición para manejarlo o asumirlo, siendo dicha parte, al tenor de los tribunales mencionados, el prestador del servicio esencial o de interés económico general de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, análisis también planteado por la doctrina (ALENZA GARCÍA, p. 16).

Es decir, el riesgo regulatorio, producto de la potestad normativa del Estado soberano, al parecer, no sujeto a límite alguno ni a principios rectores de derecho como la buena fe, la

seguridad jurídica, la confianza legítima y la irretroactividad de las leyes, conforme se ha estudiado en el presente documento, no es asumido ni por los usuarios de los servicios esenciales ni por el Estado sino por el patrimonio del particular que decidió asumir su prestación.

Es entendible cambios regulatorios en materia de obligaciones de calidad del servicio, de cumplimiento de índices del servicio, aplicación de normas técnicas, entre otros, los cuales deben efectuarse en aras de la garantía de un servicio regido por los tres presupuestos de garantía antes mencionados, con aplicación inmediata a la entrada en vigencia de la norma; sin embargo, un cambio de la metodología tarifaria de fondo, absoluto y aplicable a instalaciones puestas en marcha bajo una normativa determinada, que fue la que hizo viable la ejecución de dicho proyecto, con una proyección de rentabilidad y asunción de obligaciones de 20 o 30 años, más no de 5 o 6 o 7 años, con aplicación retrospectiva, es decir a instalaciones construidas y puestas en operación bajo el imperio de la norma anterior pero que se encuentran prestando servicios y, en consecuencia, obteniendo una retribución, bajo el imperio de la nueva norma, sí constituye una violación a las expectativas legítimas por considerarse una medida que causan un daño al inversor, incurriéndose en la violación al principio de derecho que prohíbe el abuso del derecho, debido a que, pudiendo el legislador optar por medidas razonables para dar cumplimiento a su política de reducción de tarifas, como sería el desmantelamiento del régimen primado para nuevas instalaciones o nuevas ampliaciones o a partir del cumplimiento de la vida útil normativa de las ya construidas, entre otras alternativas, escogió la medida más gravosa para el inversionista.

En materia del abuso del derecho, la jurisprudencia de Colombia ha establecido que dicho principio "Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque —como dicen los tratadistas de esta teoría— "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, septiembre 6/35)." (FD. 4 T-769/05).

Teniendo claro que el derecho es una función en sí mismo, en la medida en que no solo es acorde a derecho el desplegar una conducta que encuadre en el supuesto normativo de una norma jurídica permisiva, sino que es exigido que la conducta, previamente reglada, al ser ejecutada, no dañe a los demás, tome en consideración los derechos de los demás y tenga un fin lícito y moral; se puede concluir que el cambio regulatorio, aún teniendo el Estado el poder soberano de legislar, encuadra en la prohibición del abuso del derecho en la medida en que la facultad regulatoria se ha ejercido en exceso o anormalidad, violando principios fundantes del derecho y causando daños a los inversionistas.

2. Promueve una situación de desigualdad y de trato no neutral entre el inversionista español y el extranjero, que por demás conlleva a una competencia desleal, pues el inversionista español que puso en marcha sus instalaciones bajo el imperio del RD661/2007, se verá obligado a percibir la nueva retribución establecida por el RDL 9/2013, la Ley 24/2013 y el RD 413/2014 sin derecho a indemnización alguna; mientras que, el inversionista extranjero, beneficiario de las indemnizaciones reconocidas por los por arbitrajes internacionales en estudio, neutraliza a cero o casi cero el impacto del cambio regulatorio. Lo que por demás implica que el inversionista extranjero se encuentra en una mejor posición de garantizar un servicio seguro, de calidad y continuo que el inversionista español.

3. La medida constituye una expropiación indirecta en la forma expuesta por QUINTERO QUIARO (2023, p. 26), quien expone que “Brunetti ha indicado que los factores que normalmente son tomados en cuenta para determinar si existe expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista; (iii) la duración de la medida; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta”. En este sentido, nos encontramos con una medida en que si bien el Estado no se adueña de la propiedad privada si enerva o priva de los derechos de esta, al interferir, a través de la reglamentación del servicio de energía eléctrica con fuentes renovables, con los derechos de propiedad derivados del régimen primado vigente al momento de acometer el

proyecto y poner en marcha la instalación para proveer el servicio esencial o de interés económico general.

Respecto de la expropiación indirecta, encontramos el laudo del caso de Metalclad Corporation contra México, en el cual el tribunal otorgó una definición amplia del concepto expropiación indirecta al establecer que: «expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner; in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State» (PÁEZ 2006, p 22).

Si bien la autora expone en su obra que existían distintas posiciones respecto el concepto de expropiación indirecta en el derecho internacional, informa que el laudo del caso de Metalclad es un laudo hito pese a su amplitud de concepto, pues el mismo asentó el camino y la posición para decisiones futuras. En efecto, en el laudo del caso 9REN Holding S.A.R.L contra el Reino de España se da aplicación a la citada doctrina arbitral al establecer que la medida, si bien tiene carácter general, busca interferir o incidir en la inversión extranjera y en las normas en que se basó el inversor extranjero al realizar su inversión.

4. Si bien se entiende y se comparte el criterio de la potestad reglamentaria del Estado, también se considera que dicha facultad de reglamentación, máxime cuando implica un cambio regulatorio, debe considerar aspectos como la sana competencia, la seguridad jurídica y las legítimas expectativas, como la naturaleza y el impacto normativo de la medida en el sector, más allá de la facultad o no ilegalidad en la expedición de normas retrospectivas (como se denomina en Colombia) o retroactividad impropia, no prohibida (como se denomina en España), en la medida en que el análisis en relación con proyectos de infraestructuras para la prestación de servicios esenciales o de interés económico general debe considerar y respetar las motivaciones que dieron lugar a expedir una normativa determinada para promover la inversión, los alcances de la normativa y los efectos en el modelo financiero construido con base en la norma vigente que viabiliza el proyecto y la decisión de asumir la prestación de un servicio esencial o de interés económico general a largo plazo (vida útil de la inversión).

En este orden de ideas, se considera que España, de las distintas opciones que tenía para hacer frente a la situación de déficit y altos precios de la energía, en la que posiblemente contribuyó cuando en sus orígenes estableció el régimen primado para las renovables e incentivar su masificación en cumplimiento de las metas de transición energética, causando posiblemente una competencia desleal entre el generador de energía con fuentes renovables y el generador de energía con otras fuentes no renovables, decidió escoger una opción que carecía de razonabilidad y constituía un cambio radical, al derogar la retribución primada de facto, cuando pudo adoptar medidas que conllevaran a su desmantelamiento de forma gradual, iniciando con su derogación para las nuevas instalaciones o ampliaciones, respetando por lo menos la vida útil de las existentes o, incluso, estableciendo algún sistema de canasta de tarifa que permitiera aplicar una menor prima a determinados rangos de generación o venta de energía. Por lo que se considera que, este cambio absoluto de las reglas de juego, si debe dar lugar a la obligación de indemnizar perjuicios en el caso en estudio.

Respecto de la profundidad del cambio regulatorio, como criterio a considerar respecto de la potestad soberana del Estado a legislar o expedir normas jurídicas, pudiendo ser considerada como un límite a dicha potestad o, al menos, como detonante de la responsabilidad por el hecho del legislador, también se pronuncia la doctrina al señalar que “no cabría hablar de riesgo regulatorio y sus efectos si el cambio supone una ‘revolución’ absoluta en el sector, alterando los principios básicos y fundadores del mismo”. Qué es una “revolución” absoluta sino un cambio de los principios rectores del sistema y la eliminación del sistema retributivo base del fomento de las energías renovables. No estamos ante un ajuste como los que han tenido lugar en este sector sino ante un cambio radical en el sistema” (LIZARRONDO 2016, p. 34).

De igual forma, se comparte la opinión de Lizarrondo referida a que el principio de seguridad jurídica garantiza “una aplicación razonable de las reglas establecidas en el Derecho, exenta de imprevistas e indeseadas sorpresas” y citando a PAREJO ALFONSO (2015) precisa que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Federal Constitucional alemán establece que “el destinatario de una norma debe poder confiar en que la Ley vigente en el momento de su actuación sea la que regule acabadamente las consecuencias de tal actuación” (LIZARRONDO 2016, p. 21), posición que es contraria a la señalada por el TC y el TS de España, pero alineada

con la posición de los laudos arbitrales del CIADI aquí analizados. Lo cual concuerda con el pensamiento de esta autora, en la medida en que la aplicación de las leyes en el tiempo debe procurar el respeto de las situaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de una norma con el propósito de proyectarse en el tiempo, en este caso, durante la vida útil de una instalación considerada bien esencial, es decir, a diferencia de negocios jurídicos de ejecución instantánea, cuyo nacimiento y ejecución se darán bajo el imperio de la misma norma jurídica, debe entenderse que las situaciones jurídicas en curso, aún y cuando no correspondan a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado bajo la norma anterior o vigente en dicho momento, forman parte o son inherentes a dicha situación jurídica consolidada, en la medida en que el proyecto o compromiso de asumir la prestación de un servicio esencial debe analizarse como un todo integral, en el cual es difícil o poco conveniente separar el momento de factibilidad y ejecución de la instalación del momento de la operación, mantenimiento y prestación del servicio esencial, pues durante todas esas etapas se requiere que se mantengan las reglas de juego imperantes al momento de la inversión.

Como propuesta hacia futuro, se hace necesario trabajar en dos frentes. El primero de ellos es el de equilibrar la situación hoy existente entre el inversionista extranjero, protegido en sus derechos con laudos del CIADI y otros entes de resolución de disputas, en aplicación del TCE, y los inversionistas nacionales, cuyos derechos no fueron protegidos por los tribunales de España, debido a que, no obstante mantenerse la derogatoria del régimen retributivo primado, los primeros neutralizan al 100% o en un alto porcentaje sus efectos por la compensación recibida; mientras que, los segundos soportan los efectos de la medida, lo que conduce a que estos competidores de un mismo mercado relevante, no se encuentren en igualdad de condiciones. Se considera que representa un menor costo, desde la perspectiva de la política pública y el derecho de la competencia, expedir una norma jurídica respecto de todos los inversores españoles de fuentes de renovables, que se encontraban en el mismo pie de igualdad del inversor extranjero, hoy protegido, que eran destinatarios del régimen retributivo primado derogado, en la que se restablezca el régimen primado por un periodo igual al que correspondiere a las indemnizaciones otorgadas a los inversionistas extranjeros. Sin que dicha normativa especial se aplique a nuevas instalaciones puestas en operación a la fecha de entrada en vigor del RDL 9 de 2013.

El segundo de ellos, es tomar las lecciones aprendidas, a efectos de establecer lineamientos al momento de la expedición de nueva regulación de un sector, que permitan distinguir aquellos cambios regulatorios absolutos, que son los mayormente causante de daños y perjuicios, de aquellos cambios regulatorios que corresponden más a ajustes técnicos, de operación del mercado, de mecanismos de contratación, entre otras materias, a efectos de establecer una entrada gradual, por ejemplo, del cambio regulatorio absoluto, garantizando los principios estudiados en el presente documento.

2.6. Ejecución de Laudos proferidos por el CIADI

Como quiera que los laudos arbitrales proferidos por el CIADI pueden ser ejecutados en las cortes de los Estados Unidos de América o de otros Estados que formen parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), debiendo la autoridad judicial otorgar a esos laudos la misma fe y crédito que una sentencia definitiva emitida por un tribunal estatal de los EE. UU. o del respectivo Estado (art. 54(1) del Convenio del CIADI), en relación con Estados Unidos de América, ante los tribunales federales de dicho país, se han presentado las peticiones de ejecución de laudos arbitrales, presentando España escritos de suspensión de la ejecución del laudo, muchos de los cuales han sido denegados o reactivados, sin perjuicio de ejecuciones que se adelantan en otros Estados.

Dada la posición de España respecto del cambio regulatorio en materia de la eliminación de las primas a las instalaciones de renovables, los inversionistas, en amparo de sus derechos, iniciaron procesos arbitrales ante otros Estados, con fundamento en la protección a la inversión extranjera pactada en acuerdos como el TCE y procediendo a la ejecución de los laudos, ante el no pago de las indemnizaciones decretadas al Reino de España. Ello, debido a la competencia establecida en el Convenio del CIADI y el temor de que las autoridades judiciales del Reino de España no procedieran adelantar los procesos ejecutivos. Lo anterior, por cuanto la selección de un arbitraje internacional aparta la controversia de los intereses o lineamientos políticos del Estado demandado como del precedente judicial que hayan tenido los tribunales locales respecto de la materia objeto de la controversia.

Considerando la normativa del Convenio del CAD, y sin pretender que el presente escrito se constituya en un análisis detallado de derecho internacional o de arbitrajes internacionales, se entiende que los inversionistas han escogido esta autoridad arbitral para adelantar sus procesos, debido a la normativa consagrada en el art 54.1 del Convenio del CIADI y porque la misma excluye el procedimiento de exequátur e inmunidad soberana¹. La doctrina indica que luego de proferido el laudo arbitral, no es el tribunal de arbitramento la autoridad que lo ejecutará, en caso de que la parte condenada no cumpla lo ordenado, sino los tribunales de los Estados miembros los que tienen dicha competencia, debiendo reconocer la validez del laudo de la misma forma en que se reconoce la validez de una sentencia dictada por los jueces de dichos Estados. Dicho reconocimiento es automático para los laudos proferidos por el CIADI, caso en los que la autoridad judicial solo verifica la autenticidad del laudo (art. 54(2) del Convenio del CIADI) sin que pueda ejercer un control de legalidad o validez del laudo o conocer de recurso alguno contra el mismo; mientras que, para los proferidos por otros centros de arbitrajes se requiere del procedimiento de exequátur.

No obstante, se precisa que como quiera que la ejecución forzada del laudo internacional se hará con sujeción a la norma procesal del Estado en que se ejecuta, la cual puede ser especial para este tipo de ejecuciones o corresponder la ley procesal general, la doctrina ha considerado que, si la ley procesal de ejecución de laudos o sentencias del foro prevé el ejercicio de recursos judiciales, los mismos deben proceder al caso de la ejecución de un laudo del CIADI. La ejecución forzada directa del laudo del CIADI permite a la autoridad judicial competente del Estado miembro en que se solicita la ejecución, expedir las medidas coactivas para lograr su cumplimiento e incluso ordenar el embargo de bienes en su territorio, aclarándose que la ejecución del laudo puede solicitarse en cualquier Estado miembro del Convenio del CIADI aunque sea ajeno a la controversia (LINARES RODRÍGUEZ 2018).

¹ “En efecto, los laudos emitidos según la Convención del CIADI únicamente podrán ser revisados en virtud de los recursos y procedimientos previstos en la propia Convención. Este es un elemento esencial que distingue a los laudos CIADI del resto, ... La Convención del CIADI prevé concretamente la posibilidad de plantear recursos de rectificación (art. 49.2), de interpretación (art. 50), de revisión (art. 51) y por último, pero más importante la de impugnar el laudo a través de un recurso de anulación (art. 52). Si bien los tres primeros podrían ser resueltos por el propio tribunal que dictó en su momento el laudo, el recurso de anulación implica que en todo caso sea un tribunal distinto al que emitió el laudo el que resuelva la impugnación” (LINARES RODRÍGUEZ, p. 175).

Sobre lo anterior, el autor señala que “la ejecución en un tercer Estado le ofrece al acreedor mayores posibilidades de cobro de las cantidades debidas, toda vez que la propia necesidad de iniciar un procedimiento ejecutivo resulta indicadora de que el Estado deudor se niega a cumplir voluntariamente con el laudo, y sus autoridades judiciales podrían ser poco propensas a facilitar el pago, generando dilaciones indebidas. Por ello, el inversor favorecido por el laudo acudirá, generalmente, a un foro donde además de existir bienes suficientes del deudor susceptibles de embargo para satisfacer la condena pecuniaria, las normas sobre inmunidad soberana y la concepción que sobre tal institución del Derecho internacional público tengan los tribunales sean flexibles y no obstaculicen procesalmente la ejecución del laudo. ...” (LINARES RODRÍGUEZ, p. 140).

Si la ejecución del laudo del CIADI se hace en EE. UU., los tribunales aplican el U.S. Code (título 22), cuyo art. 1650 (a) dispone que los tribunales tendrán competencia exclusiva y deberán otorgar al laudo la misma plena fe y crédito dada a una sentencia definitiva por un tribunal de los EE. UU. En el Reino de España existe una normativa similar a la comentada, regido el procedimiento por las Reglas de Procedimiento Civil. LINARES RODRÍGUEZ (2018, p. 406) sostiene que, al momento de la ejecución del laudo, bajo el foro del Estado parte, el Estado demandado puede alegar inmunidad soberana respecto de ciertos bienes a efectos de que no sean objeto de medidas de embargo. En este sentido, la doctrina ha establecido que sobre los bienes comerciales o producto de la actividad comercial de un Estado hay plena libertad para proceder a su embargo; mientras que sobre los bienes que implique ejercicio de su poder soberano, no procedería dicha medida (estaciones militares, sedes de embajadas, cuentas bancarias de misiones diplomáticas de las embajadas, tasas aplicadas, entre otros).

Como quiera que es procedente el recurso de anulación y revisión, en caso de declararse la nulidad del laudo CIADI o decretarse su suspensión, dicha medida produce efectos erga omnes y el laudo no podrá ser tenido en firme en los Estados partes del Convenio del CIADI ni podrán proceder a su reconocimiento o ejecución hasta que se decida la suspensión.

Se precisa que el incumplimiento de laudo del CIADI por el Estado demandado, receptor de la inversión extranjera, constituye un incumplimiento al tratado internacional con su

consecuente responsabilidad frente a los demás Estados parte y un incumplimiento a la decisión vinculante del laudo.

Los inversores que han obtenido protección de sus inversiones a través de los distintos laudos arbitrales, debido al impago del gobierno de España, han ejercido acciones de ejecución de los laudos en países extranjeros como los Estados Unidos de América, Inglaterra y Australia. CANO, F y PAN-MONTOJO, N (2023) informan que se han proferido embargos de cuentas bancarias, derechos de cobro y bienes inmuebles, como es el caso del edificio de ACCIÓN de la Agencia de Promoción Económica de la Generalidad de Cataluña y congelaciones de activos comerciales españoles, como los del astillero Navantia, empresa estatal de España. De igual manera, informan que un tribunal británico, en virtud de la petición promovida por Blasket, congeló temporalmente las cuentas del Instituto Cervantes en Londres y procedió a la confiscación de su sede en Londres. Otra vía de obtención de recursos ha sido el embargo de la indemnización por la catástrofe del hundimiento del barco Prestige (valorada en cerca de 1.000 millones de euros).

De otro lado, SERRATO, F. (2024) señala que también ha sido objeto de embargo la Escuela Internacional Vicente Cañada, en razón de la ejecución del laudo del caso Antin Infrastructure Partners, que obliga al Estado a pagarle 121 millones de euros en concepto de indemnización (SERRATO, F. 2023). En la revista SWI swissinfo.ch se informa que “El Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales ha autorizado a ejecutar el embargo de cuatro cuentas del Instituto Cervantes en el Reino de España por un laudo condenatorio contra España por las primas a las renovables” y “el juez Gary Thornett autorizó a Infrastructure Services Luxembourg y Energía Termosolar -los titulares del llamado laudo Antin- una orden provisional de embargo sobre los terrenos en los que se ubica el Instituto Español Vicente Cañada Blanch, en Londres” (SWI swissinfo.ch 2023). También han sido objeto de embargos la Universidad Española de Educación a Distancia o UNED y el Centro de Mayores Miguel de Cervantes, ubicados en Londres (SANCHEZ DE LA CRUZ, D. 2023).

Se han encontrado publicaciones en las que se informa que “La comisaria europea de Competencia, Margrethe Vestager, también ha estrechado la vigilancia para evitar que a través de los laudos se concedan ayudas de Estado ilegales. Vestager ya ha advertido a España

que no puede pagar ninguna indemnización por las primas de renovables canceladas sin recibir previamente la autorización de Bruselas” (DE MIGUEL, B. y MONFORTE, C. 2018).

No se entiende la razón jurídica por la cual una indemnización ordenada por el CIADI, autoridad arbitral que no forma parte de las ramas del poder público de España, pueda ser considerada como ayuda de estado a tal punto que, proceder con su cumplimiento, requiriese la autorización de Bruselas. La doctrina explica que las ayudas de estado son ventajas o beneficios otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (art. 107.1 TFUE).

Sobre el particular García Guijo (2012, p. 98) sostiene que “Al abordar el tema de las Ayudas de Estado (en adelante ADE) se debe comenzar por señalar que el TFUE no establece una definición clara y precisa de lo que es una ADE, esto es, no las define como concepto, si no que solo ofrece una serie de características o requisitos (cuatro en total) que, si son cumplidos por una medida de un Estado miembro, dicha medida se considerará una ADE, con lo que esto implica (estar prohibida por el tratado o ser compatible si está incluida en alguna de las excepciones, obligación de recuperación, etc.).”

De igual forma, se resalta que “la propia jurisprudencia del TJUE ha dejado claro, de forma totalmente acertada, que casi cualquier medida puede ser constitutiva de ADE. Así, el Tribunal especifica que el concepto de ADE “comprende no solo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre los presupuestos de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos”. De esta forma, el TJUE avala la expansión del ámbito de aplicación del artículo 107 a cualquier disposición de un Estado miembro que pueda reducir las cargas que normalmente soporta una empresa”. (GARCÍA GUIJO 2012, p. 99).

Importante resaltar que el TFEU exige que la ayuda de estado sea otorgada por el Estado o le sea atribuible, a través de cualquiera de sus entidades públicas. En consecuencia, el pago que haga España, a título de indemnización de perjuicios, en cumplimiento de un laudo o de la

orden judicial proferida por su ejecución, se entiende que no podría ser considerado como ayuda estatal, en la medida que no es imputable o atribuible a España ni fue ordenada por una autoridad de España ni corresponde a una concesión, otorgamiento o consentimiento u ofrecimiento producto de la libre voluntad del Estado, por el contrario, el pago corresponde a una condena decretada en su contra, la cual tiene su fuente en el deber legal de indemnizar el daño antijurídico causado a otro. En este sentido se pronuncia la Sentencia C-72/91 del Tribunal de Justicia al indicar que “La distinción entre ayudas otorgadas por el Estado y ayudas otorgadas mediante fondos estatales está destinada a incluir en el concepto de ayuda no sólo las ayudas concedidas directamente por el Estado, sino también las otorgadas por los organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado.” (FD. 19 STJ 17/1993).

Cabe mencionar en este punto, la Decisión (UE) 2015/1470, de 30 de marzo de 2015, relativa a una ayuda estatal ejecutada por Rumanía, citada por Rodríguez Pontón en su obra, en la que la CE indica que las indemnizaciones de perjuicios que se reciban como compensación por la derogatoria de una ayuda estatal ilegal, se considera una ayuda estatal (RODRÍGUEZ PONTÓN 2019, p. 312-313). Si bien no es claro cómo pudiera decretarse una indemnización por la derogatoria de una ayuda de carácter ilegal o cuál sería el agente que pudiera ser beneficiado con la misma, materia en que no se profundizará por no ser objeto de estudio en el presente trabajo, se considera que este criterio no se opone a la conclusión antes expuesta, bajo el entendido de que el régimen primado derogado por el Reino de España no fue declarado ilegal y, como se sostuvo anteriormente, la indemnización busca reparar los perjuicios que la derogatoria efectuada en quebranto de principios de derecho, causa al inversionista extranjero.

No obstante lo anterior, lo que sí sucede es un trato desigual y no equitativo entre el inversionista español que no fue indemnizado por el cambio regulatorio, el cual, conforme lo analizado en líneas superiores, se considera que fue contrario a derecho al quebrantar los principios constitucionales de la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica, y que no podía acudir a los arbitrajes internacionales como el CIADI, y el inversionista extranjero cuyos derechos fueron protegidos por los tribunales arbitrales, conllevado a que el primero tenga que soportar el daño antijurídico causado por el cambio regulatorio en estudio, siendo receptor de una retribución distinta y menor a la vigente al momento de ejecutar la inversión;

mientras que el segundo, neutraliza los efectos de la menor retribución a percibir en razón de la indemnización que reciba, generando, a su vez, una competencia desleal entre competidores del mismo mercado relevante, al tener una situación privilegiada en materia tarifaria.

2.7. Denuncia del Tratado sobre la Carta de la Energía

En fecha octubre de 2022, España informa a la Comisión Europea su decisión de abandonar el Tratado de la Carta de la Energía (en adelante el “TCE”) (GARCÍA-CECA 2024). En su obra, DÍEZ-HOCHLEITNER (2023, p. 226) informa que “la decisión del Gobierno se debe a los resultados del proceso de “modernización” del TCE, iniciado en 2018, resultados que resultarían insatisfactorios por dos motivos. Por una parte, porque no se habría logrado alinear los contenidos del TCE con los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático y del “Pacto Europeo por el Clima” (European Green Deal) “[...] in order to fulfil our solid commitment to become climate neutral by 2050”. Por otra parte, porque resultarían insuficientes para asegurar “[...] the defence of the integrity and primacy of the EU legal system and its application in all Member States””.

Sin embargo, se entiende que una de las razones que motivan la determinación de España de retirarse del TCE son las múltiples condenas impuestas por tribunales privados con fundamento en el TCE, en razón de la modificación del régimen primado de las renovables, pese la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que establece que los tribunales arbitrales privados no forman parte del sistema judicial establecido en los tratados de la UE, el cual tiene por fin preservar la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, por lo que, en concepto del TJUE son los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la UE y el TJUE propiamente dicho, las autoridades con competencia para garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión (FJ 35, 36, 45 y 62 TJ C-284/16).

En igual sentido, se pronuncia el TJEU al establecer que “procede concluir que el artículo 26, apartado 2, letra c), del TCE debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro” (FJ 66 TJ C-741/19). En este sentido, en la Enmienda a la Totalidad a la denuncia del TCE presentada ante el Congreso de

los Diputados en fecha 22 de febrero de 2024, se indica que se “han interpuesto 51 arbitrajes contra el Reino de España en los que se reclama la cantidad total de 10.576.724.289 euros” (Considerando 3 Enmienda a la Totalidad No. 1), debido a la modificación efectuada al RD 661/2007, que contenía un conjunto de medidas de fomento a las Energías Renovables, las cuales fueron posteriormente modificadas.

A su vez, el Consejo de la UE propuso la salida en bloque del TCE por parte de los Estados Miembros, lo que fue respaldado por las Comisiones de Industria y de Comercio del Parlamento Europeo, fijándose la decisión de aprobación o rechazo de la petición, por parte de la Plenaria del Parlamento, para el 22 y 25 de abril de 2024 en Estrasburgo (Francia) (ALBISU 2024). Efectivamente, en fecha 24 de abril de 2024, el Parlamento Europeo votó a favor de la retirada coordinada del TCE de todos los Estados Miembros, con una mayoría calificada de 560 votos, 43 votos en contra y 27 abstenciones, concediendo “su aprobación a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía”, conforme se enuncia en la Recomendación del Parlamento Europeo sobre «el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía», lo cual es “indispensable para que el Consejo Europeo adopte ahora la decisión por mayoría cualificada” (CIAR GLOBAL 2024).

Posteriormente, el 14 de mayo de 2024, se publica la denuncia por España del TCE y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (Denuncia por España del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, de 14 de mayo de 2024), indicándose que la denuncia surtirá efectos para España el 17 de abril de 2025, es decir, un año después de la fecha de recepción de la nota verbal de España por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Portuguesa, depositario de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 del Tratado.

En fecha 5 de junio de 2024, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión (UE) 2024/1638 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía, mediante la cual el Consejo de la Unión Europea determina que “La Unión se retirará del Tratado sobre la Carta de la Energía (en lo sucesivo, «TCE»)” (art. 1

Decisión 2024/1638/UE). En los considerandos de la Decisión (UE) 2024/1638 se señala como motivo del retiro del TCE el hecho de que los Estados parte del TCE no lograron acuerdos sobre la modernización del TCE en la Conferencia sobre la Carta de la Energía del 22 de noviembre de 2022, toda vez que el TCE requiere que sea armonizado “a los principios del Acuerdo de París, a los requisitos del desarrollo sostenible y a la lucha contra el cambio climático, así como a las normas actuales de protección de las inversiones” (Considerando 3 Decisión 2024/1638/UE), si bien existieron principios de acuerdo sobre las materias a modificar, al no llegarse a un acuerdo definitivo respecto de los textos a modificar, la Unión “se ve imposibilitada para votar la adopción del TCE modernizado en la Conferencia” (Considerando 6 Decisión 2024/1638/UE). De igual manera, se reconoce que hay Estados miembros del TCE que han apoyado los textos de las modificaciones al TCE y que desean continuar formando parte de este (Considerando 8 Decisión 2024/1638/UE).

Por último, en fecha 13 de junio de 2024, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión (UE) 2024/1677 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la aprobación de la retirada de la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Tratado sobre la Carta de la Energía, en la que “Se aprueba la retirada de la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Tratado de la Carta de la Energía” (art. 1 Decisión 2024/1677/UE). En la Decisión 2024/1677 la Comisión de la UE, en sus considerandos reitera que varios Estados parte del TCE desean mantenerse aún y cuando se retiran la UE y la Euratom, los cuales, en consecuencia, podrán tomar las decisiones respecto de las modificaciones al TCE para modernizar su clausulado en las materias antes explicadas, en la próxima Conferencia sobre la Carta de la Energía, prevista para finales de 2024.

No obstante la salida de los Estados de la UE y, en particular de España, del TCE, se precisa que el numeral 3) del artículo 47 consagra una cláusula de supervivencia del TCE por un periodo de 20 años, contados a partir de la fecha que se haga efectiva la denuncia del TCE por la respectiva parte, lo cual significa que se siguen aplicando las normas del TCE para las “inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante” (art. 47.3 TCE).

Si bien la Resolución legislativa del Parlamento Europeo no señala lo anterior, como nunca se modificó dicha norma ni se aprobó la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, así como a los Estados miembros sobre un acuerdo entre los Estados miembros, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía”, del 5 de octubre de 2022, que tenía por fin establecer un acuerdo posterior sobre la interpretación del TCE, a efectos de finalizar el conflicto entre el TCE y los tratados de la UE, dejando explícito de que el “TCE nunca se ha aplicado, ni se aplica, ni se aplicará en el interior de la Unión, de que el TCE no puede servir de base para procedimientos de arbitraje, y de que la cláusula de extinción no se aplica” (art. 2 COM(2022) 523 final de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 2022), aún en aquellos casos en que un Estado miembro se retirara del TCE antes o después de la celebración del acuerdo, dándole aplicación retroactiva al mismo, a fin de aplicar la propuesta de norma a los arbitrajes en curso² y de esta manera evitar la expedición de nuevos laudos e, incluso, abrir la puerta a una posible pérdida de validez de los expedidos, debe entenderse que la norma (art. 47.3 TC) sigue vigente, produciendo los siguientes efectos: i) los 20 años de supervivencia de la protección de inversiones del TCE se contarán a partir del 17 de abril de 2025, fecha de entrada en vigencia de la denuncia, hasta el 17 de abril de 2045, ii) la denuncia del TCE por España afecta solo a las inversiones que se realicen a partir del 17 de abril de 2025 y iii) en virtud del principio de irretroactividad de las normas y respeto de los derechos adquiridos, la denuncia no produce efectos sobre las inversiones ya existentes, ni sobre las que se realicen hasta esa fecha ni sobre las situaciones consolidadas.

² El acuerdo adjunto a la Comunicación, en su artículo 4, establecía que no afecta a (1) los procedimientos de arbitraje que hayan finalizado con un acuerdo de conciliación o con un laudo definitivo emitido antes del 6 de marzo de 2018, siempre que el laudo se haya ejecutado debidamente antes del 6 de marzo de 2018 y a dicha fecha no estuviera pendiente ningún recurso, reexamen, revocación, anulación, ejecución, revisión u otro procedimiento similar en relación con dicho laudo definitivo, y (2) los acuerdos de resolución amistosa de controversias que sean objeto de un procedimiento de arbitraje iniciado antes del 6 de marzo de 2018. En consecuencia, de haberse aprobado el acuerdo se habrían mitigado los riesgos de nuevos laudos arbitrales condenatorios en aplicación de las reglas del TCE, incluyendo aquellos en curso que no se encuentren en el supuesto del artículo 6. Si bien no es objeto del presente documento realizar un análisis de la validez o responsabilidad de la EU por la expedición de una normativa como la propuesta, se considera que, si bien la misma pudiera pretender resolver la controversia creada por los laudos arbitrales privados, en caso de haber sido aprobada, pudiera haber sido considerada, en sí misma, como una norma con un cambio normativo comprometedor de la responsabilidad patrimonial de la EU.

Al margen de la necesidad de actualizar el TCE para armonizarlo a los principios del Acuerdo de París y demás materias enunciadas en el considerando 3 de la Decisión 2024/1638/UE, considero que tomar la decisión de retirarse de un tratado internacional para atajar o resolver la crisis de los laudos arbitrales que han protegido la inversión extranjera del cambio regulatorio analizado, aún y cuando dicha motivación no se expresa en los documentos formales, puede entenderse que no es la medida que realmente afronta y da plena solución a esta situación, pues no debe olvidarse que su causa no radica en los árbitros privados que se declararon competentes para conocer de los reclamos en aplicación de TCE sino en las medidas adoptadas por el gobierno de España para modificar el régimen primado de las renovables, al hacerlo de una forma que vulneró los principios estudiados anteriormente, pudiendo hacerlo de una forma gradual o escalonada que permitiera su desmantelamiento sin afectar las instalaciones existentes. En mi entendimiento, se trata de una situación de interpretación de una norma jurídica por dos autoridades diferentes, por un lado, las autoridades judiciales del Reino de España y, por el otro, los tribunales de arbitramento ante quienes se presentaron las demandas. Eliminar la competencia de la autoridad arbitral, a través de la renuncia al TCE, no elimina la doctrina jurisprudencial de los laudos expedidos ni elimina la probabilidad de que, en futuros casos, aún al interior de España, en casos similares, se acoja dicha doctrina jurisprudencial.

3. Conclusiones

Como resultado del análisis realizado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. Respecto de la responsabilidad por el hecho del legislador, entiendo que es claro que en el caso de la derogatoria del régimen retributivo primado de las energías renovables y la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador se han dado dos posiciones jurisprudenciales opuestas que han conducido a dos resultados también opuestos. De un lado, el TC y el TS de España han considerado que no procede dicho régimen de responsabilidad, en aplicación de un principio de derecho denominado riesgo regulatorio, el cual se fundamenta en la potestad soberana legislativa y la inexistencia de un derecho a la petrificación de la legislación. Principio que se consolida en sectores altamente regulados, en los cuales es conocido y previsible que se efectúen cambios regulatorios, sin que los principios de la seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de las leyes puedan limitar su alcance.

En la aplicación de este principio, los derechos de los inversores, nacionales o extranjeros, no fueron protegidos ni mucho menos indemnizados. De otro lado, el derecho internacional, a través de centros de solución de controversias como el CIADI, en aplicación del TCE, reconoce el derecho a la potestad soberana de los Estados de legislar; no obstante en aplicación de los principios de trato justo y equitativo (art. 10.1 del TCE), establece que el cambio regulatorio no puede ser absoluto sino por el contrario, debe ser razonable, no arbitrario ni discriminatorio, y que se encuentra limitado por los principios de la confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad de las normas.

Segunda. Respecto de la desigualdad entre inversores generada por los criterios jurisprudenciales contrarios considero que, dada la situación de desigualdad y competencia desleal en que se encuentran estos competidores naturales (inversionista extranjero protegido vs inversionista español), debido a las decisiones arbitrales que se han expedido en favor del inversor extranjero y de las sentencias judiciales que se han expedido en contra del inversor nacional, se considera conveniente implementar medidas tendientes a equilibrar la balanza entre ellos. Si bien es válida la aplicación retrospectiva de las normas (retroactividad permitida), se hace necesario la creación de medidas especiales en casos de cambios radicales o absolutos a efectos de que la entrada en vigencia gradual de los mismos se realice sin menoscabar los principios de derecho referidos a la seguridad jurídica y confianza jurídica.

Tercera. En relación con la potestad soberana a legislar y el cambio regulatorio, entiendo y comparto la existencia de la potestad soberana del Estado a legislar o modificar la normatividad vigente, pero dicha facultad debe ser ejercida en aplicación de principios rectores del ordenamiento jurídico, como la buena fe, la confianza legítima, la seguridad jurídica, la racionalidad del cambio regulatorio, la prohibición del abuso del derecho, la irretroactividad de las leyes, el respeto a las expectativas legítimas, el trato neutral e igualitario, la equidad y la justicia, sobre los cuales descansa un Estado de Derecho. Considero que, pretender colocar el principio del cambio regulatorio en la cima de una pirámide, como principio supremo y rector, lejos de garantizar los derechos y principios mencionados, consolida un estado de inseguridad jurídica, no llamativo para la inversión extranjera ni para la nacional, pues fue sacrificada en sus derechos. Si bien no existe un derecho a la inalterabilidad del marco regulatorio o a la petrificación del ordenamiento jurídico, los

administrados tenemos el derecho a que las reglas de juego vigentes en la creación de una situación jurídica se mantengan hasta la finalización de esta. Así como en un contrato estatal, el cambio de dichas reglas de juego genera una compensación cuando es efectuada en el ejercicio de la facultad unilateral soberana del Estado, como sucede en Colombia, lo que es esperable es que en un sector, como el de los servicios esenciales, las reglas de juego se mantengan y que los cambios absolutos o profundos se efectúen de manera gradual, sin afectar expectativas legítimas o derechos adquiridos, considerando el valor de las inversiones, su permanencia por periodos de vida útil de 20 o 30 años y la obligación del prestador del servicio de garantizar un servicio continuo, seguro y de calidad.

Como bien lo señala la doctrina, “Existía en los inversores una confianza jurídica en la continuidad del sistema de primas que era merecedora de protección. Debe protegerse a los inversores de cambios bruscos e imprevisibles como éste, que ha tenido resultados lesivos arruinando las expectativas ligadas a sus inversiones, y más cuando ha sido la propia Administración la que las ha impulsado” (LIZARRONDO ALCALÁ 2016. p. 37). En igual sentido, la doctrina afirma que “La legítima confianza constituye un límite al riesgo regulatorio; lo que tiene su lógica porque las inversiones en producción de energía son a largo plazo y ello exige una cierta estabilidad” ALONSO MAS (2017, p. 12). Comparto la opinión de parte de la doctrina, referida a que la potestad soberana del legislador y la no petrificación del ordenamiento han servido para hacer desaparecer cualquier garantía derivada de los principios esenciales de un Estado de Derecho. El TS ha defendido que, tratándose el sector eléctrico de un sector sometido a un intenso riesgo regulatorio, los inversores debían conocerlo y por ello están obligados a soportar un cambio en el régimen jurídico. Si bien los sectores que implican un monopolio natural son altamente regulados, ello no significa el deber de soportar exabruptos de normas jurídicas ni daños antijurídicos causados por normas jurídicas, máxime cuando se trate de cambios absolutos al régimen normativo existente. Si ese es el peso que se endilgará al prestador de servicios esenciales de carácter privado, vamos camino a regresar a la etapa en que es el Estado el único que prestaba los servicios esenciales al ser entendidos como parte de su función pública, a efectos de que sean las mismas empresas estatales las que soporten los perjuicios causados por otras ramas del poder público estatal.

Cuarta. Respecto de la naturaleza o alcance del cambio regulatorio, considero que una de las premisas de los laudos arbitrales estudiados es el respeto a la potestad soberana del Estado a legislar y, por ende, al cambio regulatorio, pero siempre que el mismo sea razonable y no absoluto. En este sentido se pronuncia el Tribunal Arbitral CIADI en el caso de MATHIAS KRUCK y otros contra el Reino de España, al señalar que “La línea que separa las modificaciones legítimas del régimen normativo de las modificaciones que constituyen incumplimientos indebidos del compromiso de estabilidad no es fácil de definir. El Tribunal, al igual que otros antes que él, considera que la distinción esencial es la que existe entre una modificación razonable del régimen normativo respecto del cual se asume el compromiso de estabilidad y un repudio o abandono de dicho régimen normativo. El régimen puede enmendarse y modificarse, pero se pretende que los inversores potenciales puedan confiar en la estabilidad de los fundamentos del marco a la hora de adoptar decisiones de inversión” (FJ 200 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/23, 9/2022).

En este punto, me permito destacar la doctrina jurisprudencial del Laudo Arbitral del CIADI, CASO No. ARB/14/18, en la medida en que, considero, avanza en su análisis y reafirma, con mayor precisión, dos grandes conceptos jurídicos: (i) el cambio regulatorio o legislativo no puede ser absoluto o excesivo, y (ii) crea el principio o postulado de la Estabilidad Relativa, para reforzar que el cambio regulatorio o legislativo tiene límites, siendo válido, a la luz del derecho, cuando no quebranta dichos límites. En esta medida, establece como límites de validez al cambio regulatorio no solo los criterios de razonabilidad, justicia, imprevisibilidad, entre otros, sino que incluye uno de gran relevancia, referido a que el mismo no puede eliminar, súbita e inesperadamente, los rasgos esenciales del marco normativo anterior. Este último límite se considera relevante, porque permite y valida cambios normativos de carácter técnico, operativo, comercial, por ejemplo, que requiera la prestación de un servicio esencial o de interés económico general y cuya entrada en vigencia debe ser inmediata, como sería el establecimiento de nuevas especificaciones de calidad del gas natural en el sector de hidrocarburos, la determinación de cláusulas contractuales estándar en los contratos de suministro, entre otros, pero resguarda, de una aplicación intempestiva y de aplicación inmediata con carácter retrospectivo, aquellos cambios que constituyen un cambio profundo y absoluto de una materia determinada que, en adición de proyectar efectos financieros en el prestador del servicio, causará efectos en la libre y sana competencia y en la calidad del

servicio esencial o de interés económico general a ser ofrecido, como es un cambio en la metodología tarifaria imperante o con base en la cual se desarrolló un nuevo sector en aras de cumplir metas de descarbonización del gobierno nacional y la UE, como en el caso en estudio. Posición también sostenida en laudo arbitral posterior, al señalarse que “El Tribunal acepta la idea central de esta argumentación, con la salvedad de que España podría adoptar modificaciones del régimen que no afectaran a sus características fundamentales sin vulnerar la confianza legítima de quienes habían invertido sobre la base del RD 661/2007. Esas características fundamentales, a juicio del Tribunal, incluían las tarifas predeterminadas, ..., fijadas por un período de tiempo definido que se aproximaba a la vida útil de una instalación fotovoltaica,³⁰⁵ y sin límite mínimo o máximo en los rendimientos de cada planta.³⁰⁶ El compromiso de España era que esos fundamentos no serían Abrogado.” (FJ 202 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/15/23, 9/2022).

Considero que la regulación del sector se preocupa de temas técnicos, de competencia, de libre acceso, de protección a los usuarios, de retribución al prestador en desarrollo de principios que busquen proteger la remuneración del inversionistas y la calidad del servicio en términos de eficiencia y suficiencia financiera, y bajo esos postulados podemos entender un principio de riesgo regulatorio y de potestad legislativa soberana y de no petrificación del ordenamiento jurídico, pero sin que ello se pueda extender, como se explica en líneas superiores, a cambios absolutos y radicales de la materia de una normativa, más aún la referida a la retribución obtenida para poder prestar un servicio esencial garantizando su calidad, seguridad y continuidad, con aplicación inmediata y retrospectiva, volando otros principios de orden constitucional y legal y muchos menos sin que ello pueda entenderse que no compromete la responsabilidad del Estado.

Quinta. Sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y otros principios de derecho, me permito concluir que también comparto la opinión referida a que la confianza legítima y la seguridad jurídica son el contrapeso al riesgo regulatorio y que este no es un principio absoluto o que puede dejar sin efectos a la Confianza Legítima y Seguridad Jurídica; pese a la posición reiterada del TC y TS. Principios que deben aplicar no solo en virtud del TCE, por consagrarse el derecho a un trato justo y equitativo, sino que deben ser aplicados en virtud de los arts. 1 y 9 de la CN de España, en los cuales se establece que “España se constituye en

un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1 CE) y “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, ... la seguridad jurídica, ...” (art. 9.3 CE).

Sexta. De otro lado, considero que la derogatoria del régimen retributivo primado se entiende, por esta autora, como una expropiación indirecta, en la medida en que se priva del derecho a obtener la rentabilidad esperada bajo el imperio de la norma anterior, la cual fue la considerada a aplicar durante la vida útil del activo y no solo durante unos pocos años, en los que, por demás, no se ha recuperado el valor de la inversión a través del pago de la retribución. Como se explica en el acápite 2.5 “Análisis de las posiciones jurisprudenciales” del presente trabajo, la expropiación indirecta se da porque se priva al particular de la obtención de una retribución o beneficios económicos que la normativa derogada le había reconocido, los cuales servirían tanto para la recuperación de la inversión, asumir los costos de operación, administración y mantenimiento, en aras de la prestación del servicio esencial o de interés económico general en condiciones de calidad, seguridad y continuidad, como para obtener la rentabilidad esperada. Con lo cual, trasladar al patrimonio del particular la asunción de unos costes por la prestación del servicio, que la normativa derogada le había reconocido como retribución, pero que, debido al cambio regulatorio, no serán retribuidos ni por el consumidor beneficiario del servicio esencial ni por el Estado, equivale a incidir en el derecho de propiedad del inversor mediante la adopción de medidas que lo priven de la retribución esperada y previamente concedida.

Séptima. Por otra parte, y por las razones comentadas en el citado acápite, considero que la derogatoria del régimen retributivo primado es una conducta abusiva del derecho, por el exceso y anormalidad en que se ejerció la potestad legislatora, pues el fin que el ordenamiento jurídico le otorga a la autoridad legislatora o reguladora, es que la normativa expedida sea conforme a las normas superiores del ordenamiento jurídico y a sus principios de derecho fundantes, lo cual no ocurrió en el caso en estudio, dada la transgresión de los límites de razonabilidad y de los principios de derecho analizados.

Octava. Respecto de si las indemnizaciones decretadas por el CIADI u otros tribunales arbitrales internacionales constituyen ayudas de estado, que deben ser aprobadas por la CE para que España pueda proceder a su pago, considero que es una interpretación que puede ser válida, pero que no comparto. Para ello, me permito citar el Laudo Arbitral del CIADI en el que, al estudiar el cambio regulatorio correspondiente al marco normativo español para la producción de energía renovable establecido en la Ley 54/1997, establece que “esto no sería más que un obstáculo para la ejecución del laudo (dentro de la UE) y no debería, en sí mismo, impedir que el Tribunal conceda daños y perjuicios a la Demandante en primer lugar” (FJ 644 Laudo Arbitral CIADI Caso No. ARB/14/18, 5/2022). En adición, aclara que debe distinguirse entre una subvención considerada como ayuda ilegal a la luz del artículo 108.3 del TFUE, norma que haría parte del derecho interno del Estado receptor³, y un inversionista que lleve a cabo una inversión que es ilegal en sí misma o que se realizó a través de medios ilegales, como por ejemplo con incursión en corrupción. Diferencia relevante para el presente análisis, pues en el segundo caso, es decir aquellas inversiones realizadas con violación a la ley atribuible al inversionista, concluye que es claro que el inversionista no puede esperar la protección de un acto contrario a derecho, pero en el primer caso sí es posible la protección, por parte del derecho internacional, del inversor que tuviese expectativas legítimas quebrantadas por un cambio legislativo o regulatorio, pues en ese caso el inversionista fue receptor de una subvención o ayuda estatal por parte del Estado que ni el propio Estado ni la CE nunca objetaron ni revirtieron ni anularon, punto en el cual, expresa que el deber de diligencia que se le debe exigir al inversor no puede ser mayor que el deber de diligencia exigible al Estado receptor.

Novena. Por último, y en relación con el retiro de España al TCE, entiendo que dicha medida soluciona, hacia el futuro, la problemática referida a las controversias en materia de protección de inversiones presentadas ante tribunales arbitrales internacionales como el CIADI, que dieron lugar a esta serie de procesos y laudos arbitrales protegiendo al inversionista

³ En segundo lugar, es un principio general de derecho internacional público, que el Tribunal suscribe plenamente, que un Estado receptor no puede invocar su derecho interno como motivo para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. (FJ 649 Laudo 5/2022).

frente al cambio regulatorio en materia del régimen primado efectuado por el Reino de España, pese a los fallos en contra que previamente se habían proferido por el TC y TS en dicho país, , en la medida en que las inversiones construidas o realizadas en España o por inversores españoles a partir del 17 de abril de 2025 son las que no estarán amparadas por el TCE.. En efecto, como quiera que el TCE consagra una cláusula de supervivencia por un periodo de 20 años, contados a partir de la fecha que se haga efectiva la denuncia del TCE por la respectiva parte, significa que se siguen aplicando las normas del TCE para las “inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante” (art. 47.3 TCE), es decir que las inversiones existentes o realizadas hasta el 17 de abril de 2025 mantienen el amparo que el TCE otorga.

Muy seguramente, la gran mayoría de inversores de renovables afectados por el cambio regulatorio ya presentaron sus demandas ante tribunales internacionales, quedando muy pocos o menos casos de inversiones realizadas bajo el amparo de la norma anterior (RD 661 de 2007) pero, en cuya operación y puesta en servicio se inició la aplicación del RDL 9 de 2013 y del RD 413/2014, que pudieran seguir gozando de la protección del TCE. Bajo este nuevo contexto, surgirá un nuevo análisis y es el relacionado (i) a la responsabilidad del Estado en la denuncia y retiro del TCE a efectos de impedir la competencia de los tribunales arbitrales en la resolución de conflictos de protección de inversión extranjera en razón de cambio regulatorio objeto de este estudio y (ii) situación de desigualdad que, en razón de la retirada del TCE, se encontrarán los inversores extranjeros que lograron resolver su reclamación ante dichos centros de arbitrajes internacionales vs los inversores extranjeros cuyos reclamos no podrán ser conocidos por dichos tribunales, pese a contar con inversiones renovables afectadas por la derogatoria del régimen primado, en caso de existir estos casos.

Frente a la retirada de España del TCE, me pregunto ¿qué señales de seguridad jurídica recibe la inversión extranjera en España con decisiones como esta? En un primer momento, los inversionistas, españoles o extranjeros, recibieron señales positivas de apoyo para la instalación de la infraestructura de renovables y prestación de servicios a través de estas fuentes, para así cumplir las metas de la transición energética, luego reciben señales negativas por la derogatoria de las medias ofrecidas, posteriormente la justicia de España declara que

sus derechos no han sido vulnerados con la derogatoria de las medidas y, finalmente, el Estado se retira del TCE para cesar la competencia del arbitraje internacional y evitar nuevos laudos que protejan al inversionista. Por otro lado, me pregunto ¿cuáles son los efectos en los procesos arbitrales existentes por el retiro en bloque de la UE y de la Euratom? Y la pregunta no es sobre los laudos ejecutoriados, pues las decisiones no son retroactivas, pero sí frente a los procesos que se encuentren aún en curso o que pudieran presentarse por el amparo del TCE a las instalaciones que se realicen hasta el 17 de abril de 2025. En este sentido, ¿podría firmarse un acuerdo por los Estados miembros de la UE que deje sin efectos el art 47.3 del TCE? No soy conocedora del derecho internacional, por lo que no deseo aventurarme a analizar estas preguntas y adoptar posiciones. Sin embargo, como jurista y abogada corporativa siempre he creído que la jurisprudencia se forja a partir de los casos expuestos ante los estrados judiciales y arbitrales y que la interpretación del derecho contenida en sus decisiones es valiosa, no solo para resolver el caso en reclamación, sino para adoptar las medidas de mejora en los procedimientos internos, sea a nivel de Nación o de empresa, y para recoger lecciones aprendidas, de tal manera que en el futuro no se acometa aquello que comprometió la responsabilidad del respectivo ente.

Como quiera que las inversiones realizadas por inversores extranjeros en España a partir del 17 de abril de 2025 no estarían amparadas por el TCE, en caso de presentarse controversias por la responsabilidad del Estado legislador debido a nuevos cambios regulatorios que quebranten los principios y derechos analizados en este documento, no tendrán una instancia internacional de protección a la inversión extranjera, debiendo presentar sus reclamaciones ante los tribunales y autoridades judiciales de España. Ante lo cual, la pregunta a formular es si la doctrina jurisprudencial de los laudos haga carrera en el derecho español o, las autoridades judiciales españolas mantendrán la posición expuesta en sus sentencias.

Frente a este panorama, una alternativa que pudieran optar los inversores, nacionales o extranjeros, sería solicitar la suscripción de contratos de concesión para la prestación de los servicios esenciales o de interés económico general, contratos que entiendo no son requeridos para la puesta en marcha de estas instalaciones y prestación del servicio esencial o de interés económico general, pues los mismos se encuentran regulados en las respectivas leyes, con el fin de pactar mecanismos de arbitraje internacional de resolución de

controversias. No obstante, por el precedente vivido no se avizora la firma de estas cláusulas por el Reino de España.

Décima. Respecto de las lecciones aprendidas y de las propuestas para mejorar el régimen del inversionista en energías renovables, me permito compartir que otro de los mensajes que me ha dejado el análisis del cambio regulatorio del régimen primado, es que todos los Estados están desesperados por cumplir metas de descarbonización y transición energética, pues es un hecho que hemos destruido nuestro planeta, y han venido en un proceso de creación de beneficios e incentivos, de distinta naturaleza, en la promoción de los renovables y energía limpias, sin efectuar de forma detallada los análisis debidos de impacto normativo que permita entender cómo se dará la sana competencia y la transición (i) entre las tecnologías que venían existiendo, que no son consideradas energías limpias y no forman parte de la transición energética, y las tecnologías de energía renovable, (ii) en el retiro o derogación de incentivos, beneficios o medidas adoptadas y (iii) en el cese de funcionamiento de las inversiones fósiles o que no corresponden a tecnologías limpias. El análisis del impacto normativo de estas medidas en pro de las energías renovables debe, en opinión y, en adición de lo anterior, considerar los supuestos de derogación de las medidas sea por cumplimiento de sus fines o por los impactos que estén causando en el mercado o por cualquier otro criterio racional, a fin de prever los efectos de su eliminación de cara a los consumidores y al sistema y así determinar el mecanismo idóneo para su derogatoria que garantice la continuidad en la prestación del servicio de interés económico general como los derechos del inversor y prestador del referido servicio.

Décima Primera. También considero importante, como propuesta para mejorar el régimen del inversionista, mantener medidas regulatorias a largo plazo, en especial aquellas que sean de gran magnitud o que requieran de periodos para hacer valer sus resultados o constituyan la médula espinal del servicio, en la medida en que el sector eléctrico, de hidrocarburos y, en general, los referidos a los servicios de interés económico general, constituyen mercados que requieren de cuantiosas inversiones y la adopción de planes de expansión y mantenimientos para garantizar un servicio de calidad, continuo y seguro. De esta manera, solo contando con una normativa guiada por principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de las leyes, que se erijan en límites a la potestad soberana legisladora y al

cambio regulatorio, se podrá seguir contando con la iniciativa privada en la prestación de estos servicios.

Décima Segunda. Otro punto importante que considerar en el respeto a la seguridad jurídica, es el trato neutral y la sana y libre competencia entre los inversionistas. Las condenas al Reino de España en los distintos laudos arbitrales, considero que deben dar lugar a un análisis de los efectos que dichos pagos producirán entre el inversionista extranjero indemnizado y el inversionista local no indemnizado. Desigualdad que solo permite concluir que el inversionista no indemnizado es el que correrá con las pérdidas del sistema, afectándose la calidad del servicio. Por ello, una fórmula de equidad y justicia sería equiparar al inversionista no indemnizado en proporción a la indemnización que reciba el inversionista extranjero protegido, considerando las similitudes de inversiones, en cuanto a valor, vida útil, entre otros aspectos, y criterios de proporcionalidad.

Décima Tercera. Por último, considero que no es conveniente cercenar el arbitraje privado en la resolución de controversias entre un particular y un Estado, pues puede no ser una señal atractiva para el inversionista extranjero que la única sede en que podrán resolverse las reclamaciones o controversias que se tengan sean las autoridades judiciales del país receptor de la inversión.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

Informes

RIESGO FERNÁNDEZ, Gonzalo y PALACIO, Pablo de Miguel. CONCEPTO EUROPEO DE AYUDA DE ESTADO. Oficina de Asuntos Europeos del Principado de Asturias, 2019. Disponible en: <https://ria.asturias.es/RIA/bitstream/123456789/14594/1/Concepto%20europeo%20de%20ayuda%20de%20estado.pdf>

Estudios

Concepto de ayuda estatal en la Unión Europea y normativa reguladora. BFA DFB. Disponible en: https://www.bizkaia.eus/home2/Archivos/DPTO5/Temas/Pdf/Ayudas_estatales.pdf?hash=48d61b64d5afac50ca36d4c4ecbb77e5

FUERTES GONZÁLEZ, B. E., «LAS AYUDAS DE ESTADO». Disponible en: <https://www.mintur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/401/NOTA.pdf>

Revista electrónica

ALENZA GARCÍA, JF. «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 [en línea]. 2016, núm. 55. [consulta: abril de 2024]. ISSN: 1989-5666. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-las-energias-renovables-ante-la-fugacidad-legislativa-la-mitificacion-de-los-principios-de-inseguridad-juridica-y-de-desconfianza-legitima-a-proposito-de-la-stc-270/>

ALONSO MAS, M J. «EL RÉGIMEN DE APOYO ECONÓMICO A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA A LA LUZ DE TRATADO CARTA DE LA ENERGÍA: EL CASO EISER CONTRA ESPAÑA». Actualidad Jurídica Ambiental [en línea]. 2017, núm. 69. [consulta: abril de 2024]. ISSN: 1989-5666. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-el-regimen-de-apoyo-economico-a-las-energias-renovables-en-espana-a-la-luz-de-tratado-carta-de-la-energia-el-caso-eiser-contra-espana/>

BLANCO MOA, J.A., «La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica». Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. [en línea]. 2018, núm. 10, pp. 132-148 [consulta: abril de 2024]. ISSN: 1989-8975. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5764/576465106008/576465106008.pdf>

DE LA TORRE, D., «REGULACIÓN Y RIESGO REGULATORIO DE LAS INVERSIONES EN SECTORES REGULADOS». Revista de Derecho Administrativo [en línea]. 2020, núm. 19, pp 467-495 [consulta: abril de 2024]. ISSN-e 2708-9886, ISSN 2074-0956. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8139315>

DELGADO PIQUERAS, F., «Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea». Revista Actualidad Jurídica Ambiental [en línea]. 2020, núm. 102-2, pp 140-174 [consulta: abril de 2024]. Disponible en: <https://bv.unir.net:3017/#search/jurisdiction:ES/3.2.%09LA+NUEVA+LEY+DEL+SECTOR+EL%C3%89CTRICO%3A+ENTRE+EL+RIESGO+REGULATORIO+Y+LA+SEGURIDAD+JUR%C3%8DDICA+EN+EL+APOYO+A+LAS+ENERG%C3%8DAS+RENOVABLES/vid/864987835>

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «ESPAÑA ANUNCIA SU DECISIÓN DE DENUNCIAR EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA». Revista Española de Derecho Internacional [en línea]. 2023, núm. 75(1), 225–235 [consulta: marzo de 2024]. Disponible en: <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/83/83>

ESTOA PÉREZ, A. «La limitación de las Ayudas de Estado a las energías renovables: las nuevas directrices de la Comisión Europea y el caso español». Revista Española de Derecho Europeo

[en línea]. 2015, núm. 53, pp. 87-112 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1579-6302. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5194446>

García Guijo, L., «Las ayudas de estado en la Unión Europea: concepto, requisitos e implicaciones». *Dereito: Revista xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 21 [en línea]. 2012, Vol. 21, núm. 2, pp 97-127 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1132-9947. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/841>

PÁEZ, M., «La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados». *Estudios Internacionales* [en línea]. 2006, núm. 153, pp 5–36. ISSN: 0719-3769. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/issue/view/1336>

QUINTERO QUIARO, M. G., «LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES». *Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje* [en línea]. 2023, núm. 48, pp 19-34 [consulta: abril de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/revista/28519/A/2023> y <https://www.linkedin.com/posts/ciar-global-la-expropiaci%C3%B3n-indirecta-en-el-arbitraje-activity-7127614493005651968-aByY/>

REQUENA CASANOVA, M. «III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL. EL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES ESPAÑOL PASA SU PRIMER EXAMEN INTERNACIONAL: EL CASO CHARANNE Y CONSTRUCTION INVESTMENTS C. ESPAÑA (JURISDICCIÓN) ». *Revista Española de Derecho Internacional* [en línea]. 2016, núm. 68.2, pp. 359-367. [consulta: abril de 2024]. ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/58432/1/2016_Millan-Reguena_REDI.pdf

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas». *Revista de Administración Pública* [en línea]. 2019, núm. 208, pp. 299-324. [consulta: marzo de 2024]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/78029>

Bibliografía complementaria

Periódico en línea

ABI CHAHINE C y KIRTLEY W. «Ejecución de laudos de arbitraje de inversiones». Arbitraje internacional. Información de arbitraje internacional de Aceris Law LLC. 15 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/enforcement-of-investment-arbitration-awards/>

ALBISU, JAVIER. «La salida de la UE del Tratado de la Carta de la Energía está más cerca tras el respaldo de comisiones parlamentarias». *Energías Renovables. EuroEFE*. 9 de abril de 2024. Disponible en: <https://euroefe.euractiv.es/section/energia/news/salida-de-la-ue-del-tratado-de-la-carta-de-la-energia-mas-cerca-tras-respaldo-comisiones-parlamentarias/>

CANO, F y PAN-MONTOJO, N. «Un fondo de EEUU declara a España en «impago técnico» por el pleito de las renovables». (en línea) The Objective. 21 de abril de 2023. Disponible en: <https://theobjective.com/economia/2023-04-21/fondo-eeuu-declara-espana-impago-tecnico-renovables/>

DE MIGUEL, B. y MONFORTE, C. «La CE declara ilegales los arbitrajes de las renovables a favor de inversores europeos». Cinco Días. 24 julio 2018. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/23/companias/1532344323_397749.html

«El PE Aprueba La Retirada De La UE Del Tratado Sobre La Carta De La Energía». CIAR Global. 24 abril 2024. Disponible en: <https://ciarglobal.com/el-pe-aprueba-la-retirada-de-la-ue-del-tratado-sobre-la-carta-de-la-energia/>

GARCÍA-CECA, CELIA. «El Congreso aprueba la salida de España del Tratado de la Carta de Energía». *Energías Renovables. El periodismo de las energías limpias*. 21 de marzo de 2024. Disponible en: <https://www.energias-renovables.com/panorama/el-congreso-aprueba-la-salida-de-espaa-20240321>

MORCILLO, N. «Nuevo revés por el recorte de las renovables: España no logra anular un laudo por 30 millones». Cinco Días. 5 abril 2023. Disponible en: <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-04-06/nuevo-reves-por-el-recorte-de-las-renovables-espana-no-logra-anular-un-laudo-por-30-millones.html>

SANCHEZ DE LA CRUZ, D. «La UNED y el Instituto Cervantes, afectados por el nuevo embargo a propiedades de España en Londres». Libre Mercado. 7 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2023-08-07/embargo-espana-londres-por-impagos-renovables-sanchez-afecta-instituto-cervantes-uned-centro-mayores-7039707/>

SERRATO, F. «España, condenada a pagar otros 15 millones por la retirada de primas a las renovables». (en línea) The Objective. 25 de octubre de 2023. Disponible en: <https://theobjective.com/espana/tribunales/2023-10-25/espana-millones-primas-renovables/>

SERRATO, F. «España tendrá que pagar otros 300 millones por la retirada de primas a las renovables». (en línea) The Objective. 20 de enero de 2024. Disponible en: <https://theobjective.com/espana/tribunales/2024-01-20/espana-primas-renovables-millones/>

SERRATO, F. «Reino Unido autoriza el embargo de un instituto español en Londres por el impago de los laudos». (en línea) The Objective. 4 de agosto de 2023. Disponible en: <https://theobjective.com/espana/tribunales/2023-08-04/reino-unido-embargo-instituto-laudos/>

SWI swissinfo.ch. Un juez británico embarga las cuentas del Instituto Cervantes por un laudo de renovables. 28 noviembre 2023, 20:30. Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/un-juez-brit%C3%A1nico-embarga-las-cuentas-del-instituto-cervantes-por-un-laudo-de-renovables/49014926>

Tesis

LINARES RODRÍGUEZ, E. Ejecución en terceros estados de laudos emitidos en arbitrajes de protección de inversiones. Especial referencia al sistema de CIADI. Director: José Carlos Fernández Rozas. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, Madrid, 2018.

LIZARRONDO ALCALÁ, M. El riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables. Director: José Francisco Alenza García. Universidad Pública de Navarra, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pamplona, 2016.

Legislación citada

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_SPA.pdf

Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994. BOE, de 17 de mayo de 1995, núm. 117, p 14122 a 14153. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1994/12/17/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1994/12/17/(2))

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13645>

Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-7705>

Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. BOE núm. 140, de 10/06/2014. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6123>

Comunicación núm. COM(2022) 523 final de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 2022, sobre un acuerdo entre los Estados miembros, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía. EUR-Lex, Document 52022DC0523. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3d54cece-4494-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0016.02/DOC_1&format=PDF

ENMIENDA A LA TOTALIDAD 110/000001 Denuncia del Tratado de la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, Serie C, Núm. 1-2, 22 de febrero de 2024, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/C/BOCG-15-C-1-2.PDF

Decisión (UE) 2024/1638 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía. Diario Oficial de la Unión Europea, de 5 de junio de 2024. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dec/2024/1638/oj>

Decisión (UE) 2024/1677 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la aprobación de la retirada de la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Tratado sobre la Carta de la Energía. Diario Oficial de la Unión Europea, de 13 de junio de 2024. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dec/2024/1677/oj>

Denuncia por España del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2024, pág. 54515, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-9618

Parlamento Europeo. Acta del 24 de abril de 2024 – Estrasburgo. «7.22. Retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía». Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2024-04-24-ITM-007-22_ES.html

Recomendación del Parlamento Europeo sobre «el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía». 24 de abril de 2024.

Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2024-0176_ES.html

Resolución legislativa del Parlamento Europeo. Acta del 24 de abril de 2024 – Estrasburgo.

«7.22. Retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía». Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2024-04-24-ITM-007-22_ES.html

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

Jurisprudencia referenciada

Sentencia del Tribunal de Justicia, C-72/91, de 17 de marzo de 1993, European Court reports 1993 Page I-00887, ECLI:EU:C:1993:97.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016, ECLI:ES:TC:2015:270.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 19/2016, de 4 de febrero de 2016, BOE Núm. 57 del 7 de marzo de 2016. Sec. TC. Pág. 18530.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 29/2016, de 18 de febrero de 2016, BOE Núm. 71 del 23 de marzo de 2016. Sec. TC. Pág. 21753.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 30/2016, de 18 de febrero de 2016, BOE Núm. 71 del 23 de marzo de 2016. Sec. TC. Pág. 21767.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 42/2016, de 3 de marzo de 2016, BOE Núm. 85 del 8 de abril de 2016. Sec. TC. Pág. 25049.

Sentencia del Tribunal Constitucional, C-61/2016, de 17 de marzo de 2016, BOE Núm. 97 del 22 de abril de 2016. Sec. TC. Pág. 27512.

Karem Ivette Lora Kesie

Controversias y posiciones jurídicas en relación con el régimen retributivo primado de las instalaciones de energías renovables en España

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 1848/2017, del 11 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1848.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 1974/2017, del 18 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1974.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 920/2017, del 25 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2059.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 3711/2017 del 20 de octubre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3711.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 1094/2018, del 22 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1094.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 2042/2018, del 4 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2042.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 2727/2018, del 12 de julio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2727.

Sentencia del Tribunal Supremo, STS 657/2019, del 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:657.

Laudo del 12 de mayo de 2005. International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes). ICSID Case No. ARB/01/8, apartado 277. Disponible en: https://iusmundi.com/en/document/decision/en-cms-gas-transmission-company-v-the-argentine-republic-award-thursday-12th-may-2005#pa_63234

Laudo 23 de septiembre de 2010. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Case No. ARB/07/22, apartado 13.3.2. Disponible en: https://iusmundi.com/en/document/decision/en-aes-summit-generation-limited-and-aes-tisza-eromu-kft-v-republic-of-hungary-ii-award-thursday-23rd-september-2010#decision_407

Laudo del 31 de octubre de 2010. International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes). ICSID Case No. ARB/03/15, apartado 377. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-el-paso-energy-international-company-v-argentine-republic-award-monday-31st-october-2011#pa_41002

Laudo 15 de febrero de 2018, El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC Caso No. 2015/063, apartados 665 – 681. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>

Laudo 16 mayo 2018, International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID, Case No. ARB/14/1, apartado 521. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/6608>

Laudo Arbitral del 16 de mayo de 2018. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/14/1. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/6608>

Laudo 15 de junio de 2018, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Caso No. ARB/13/31, apartado 532. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2319>

Laudo Arbitral del 31 de mayo de 2019. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/15. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019>

Laudo Arbitral del 6 de septiembre de 2019. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/36. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4806/DS12832_Sp.pdf

Laudo Arbitral del 21 de enero de 2020. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/44. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/15/44>

Laudo Arbitral del 9 de marzo de 2020. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/42. Disponible en: https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/86_Hydro_Energy_1_S.a_r.l._and_Hydroxana_Sweden_AB_v._Spain/Decision_on_Jurisdiction_Liability_and_Directions_on_Quantum.pdf

Laudo Arbitral del 6 de mayo de 2022. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/14/18. Disponible en: <https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170256.pdf>

Laudo Arbitral del 14 de septiembre de 2022. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/23. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170773.pdf>

Decisión sobre la solicitud de España de rectificación del laudo del 13 de julio de 2020. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Caso CIADI No. ARB/15/44.

Sentencia del Tribunal de Justicia, C-284/16, de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:158. apartado 62.

Sentencia del Tribunal de Justicia, C-741/19, de 2 de septiembre de 2021, ECLI:EU:C:2021:655. apartado 66.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-769/05, de 25 de julio de 2005. Disponible en:

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CO/no+se+conforma+el+derecho+con+el+ejercicio+de+las+facultades+que+con+arreglo+a+las+normas+nos+corresponden%3B+exige+que+la>

[s+mismas+sean+ejercidas+no+s%C3%B3lo+sin+perjuicio+de+los+dem%C3%A1s%2C+del+tod
o+social%2C+sino+tambi%C3%A9n+con+la+intenci%C3%B3n+de+no+da%C3%B1ar+con+un+
fin+l%C3%ADcito+y+moral+simult%C3%A1neo/p2/vid/43623657 y
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-769-05.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-769-05.htm)

Listado de abreviaturas

ADE Ayuda de Estado

CE Constitución española

CE Comisión Europea

CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

FIT Tarifa feed-in

FV Fotovoltaica

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes

RDL Real Decreto Ley

RD Real Decreto

TC Tribunal Constitucional

TCE Tratado sobre la Carta de la Energía

TJE Trato Justo y Equitativo

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TFM Trabajo de Fin de Master

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE Unión Europea