

## Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?.

[BIB 2019\1845](#)

### **Millán Requena Casanova.**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alicante

**Publicación:** Revista Aranzadi de Derecho Ambiental num.42/2019 parte Doctrina. Artículos

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

### **Resumen**

«Los cambios drásticos en el régimen de promoción de las energías renovables introducidos por España desde 2007 hasta su eliminación en 2013, ha generado una de las sagas más prolíficas en el arbitraje de inversión contemporáneo. La jurisprudencia arbitral más reciente en el contexto de esta saga permite concluir que España tiene difícil defender su actuación ante los tribunales arbitrales para no tener que pagar una compensación a los inversores extranjeros, pues el estándar elegido para decretar la infracción del trato justo y equitativo en los últimos litigios se centra no tanto en el impacto económico sufrido por el inversor extranjero, sino en la inestabilidad del marco regulatorio español, lo que puede tener una gran trascendencia en los arbitrajes que todavía están pendientes contra España por las mismas medidas. No obstante, la aplicación del precedente judicial en el caso Achmea a la cláusula de arbitraje del Tratado sobre la Carta de la Energía, así como la insistencia de la Comisión Europea en la primacía del Derecho de la Unión sobre dicha cláusula, deja abierta una vía de escape para España, que podría impedir la ejecución de los laudos, al menos los dictados extramuros del CIADI.»

Abstract: «The drastic changes in the promotion scheme of renewable energies, introduced by Spain from 2007 until its elimination in 2013, have generated one of the most prolific sagas in contemporary investment arbitration. The most recent arbitral jurisprudence in the context of this saga allows us to conclude that it will be difficult for Spain to defend its actions before the arbitral tribunals to avoid having to pay compensation to foreign investors, because the standard chosen to declare the infringement of fair and equitable treatment in recent litigation focuses, not so much on the economic impact suffered by the foreign investor, but in the instability of the Spanish regulatory framework, which can have a great importance in the arbitrations that are still pending against Spain for the same measures. However, the application of the judicial precedent in the Achmea case to the arbitration clause of the Energy Charter Treaty, as well as the insistence of the European Commission on the primacy of EU law over this clause, leaves open a path for Spain, which could prevent the enforcement of the awards, at least those issued outside the ICSID.»

### **Palabras clave**

Arbitraje de inversiones, Energías renovables, Tratado sobre la Carta de la Energía, Trato justo y equitativo, Sentencia Achmea.

Investment arbitration, Renewable energies, Energy Charter Treaty, Fair and equitable treatment, Achmea Judgement.

### **SUMARIO**

[1 - El arbitraje internacional como opción más favorable para los inversores extranjeros en el sector de las energías renovables](#)

[1.1 - Las reformas en el sector de las energías renovables y su \(in\)compatibilidad con el Tratado](#)

- [sobre la Carta de la Energía \(TCE\) \(RCL 1995, 1457\)](#)
- [1.2 - Los arbitrajes de inversión iniciados contra España por los recortes en el sector de las energías renovables](#)
- [2 - Los casos “Charanne c. España e Isolux c. España”: una primera reválida positiva para los intereses de España](#)
- [2.1 - El caso “Charanne c. España”: un triunfo que solo afecta a las medidas regulatorias del 2010](#)
  - [2.1.1 - La aplicación del trato justo y equitativo](#)
  - [2.1.2 - La prohibición de expropiación indirecta](#)
  - [2.1.3 - Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos](#)
- [2.2 - El caso “Isolux c. España”: un triunfo que afecta a las medidas “regulatorias del 2013”](#)
  - [2.2.1 - La pretendida violación de la obligación del trato justo y equitativo](#)
  - [2.2.2 - La pretendida violación de la prohibición de expropiación indirecta](#)
- [3 - El caso “Eiser c. España”: un punto de inflexión en la saga de arbitrajes](#)
  - [3.1 - Las medidas impugnadas y las reclamaciones del inversor](#)
  - [3.2 - Las excepciones a la jurisdicción arbitral: incompatibilidad entre el arbitraje de inversión y el Derecho de la UE](#)
  - [3.3 - Las medidas impositivas de “buena fe” se excluyen del arbitraje](#)
  - [3.4 - La aplicación del trato justo y equitativo](#)
- [4 - La consolidación del cambio de tendencia: los casos “Novenergía II, Masdar y Antin c. España”](#)
  - [4.1 - Las excepciones a la jurisdicción arbitral](#)
  - [4.2 - La pretendida violación de la prohibición de expropiación indirecta](#)
  - [4.3 - La aplicación del trato justo y equitativo](#)
- [5 - La Sentencia del TJUE dictada en “Achmea” \(TJCE 2018, 66\) y su repercusión para la operatividad del arbitraje del artículo 26 del TCE ¿una vía de escape para España?](#)
  - [5.1 - Los principios de autonomía y primacía del Derecho de la Unión ¿excluyen una oferta válida de arbitraje conforme al artículo 26 del TCE?](#)
  - [5.2 - La anulación del laudo arbitral en el caso “Novenergía II”](#)
  - [5.3 - La posición de la Comisión Europea: la extensión del precedente “Achmea” \(TJCE 2018, 66\) a los arbitrajes del artículo 26](#)
  - [5.4 - La Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019: más incertidumbre sobre la cuestión](#)
- [6 - Conclusiones](#)

## **I. El arbitraje internacional como opción más favorable para los inversores extranjeros en el sector de las energías renovables**

### **1. Las reformas en el sector de las energías renovables y su (in)compatibilidad con el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) (RCL 1995, 1457)**

En los últimos años España se ha convertido en uno de los países contra los que se han iniciado un mayor número de arbitrajes en diferentes foros por parte de inversores extranjeros a causa de los drásticos recortes aplicados por las autoridades españolas a los incentivos que, en la década pasada, se establecieron a la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. El origen de todas estas demandas contra nuestro país se sitúa en la política de atracción de inversiones que diseñó el gobierno español desde los años 2004 a 2008. Sin embargo, el marco regulatorio inicial previsto fundamentalmente en el [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo \(RCL 2007, 1007\)](#)<sup>1</sup>, y por el [Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre \(RCL 2008, 1663\)](#)<sup>2</sup>, era con mucho, el más generoso para los inversores en función de los incentivos diseñados para fomentar el uso de energías renovables en la generación de energía eléctrica<sup>3</sup>. Ello provocó que las inversiones tanto de inversores nacionales como de extranjeros creciese de manera relevante ante la expectativa de obtener unos cuantiosos beneficios. Sin embargo, la crisis económica global cambió de manera radical los presupuestos y circunstancias sobre los que se había basado este régimen especial de producción de energía eléctrica, por lo que el régimen de incentivos no pudo ser mantenido por las autoridades españolas debido al aumento exponencial del déficit económico del sistema eléctrico, causado en buena parte por el incremento de la retribución de los incentivos a las instalaciones de energía solar fotovoltaica, provocando un aumento importantísimo del déficit tarifario<sup>4</sup>.

1 [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo \(RCL 2007, 1007\)](#) , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial ( *BOE* núm. 126, de 26 de mayo de 2007).

2 [Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre \(RCL 2008, 1663\)](#) , de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo \(RCL 2007, 1007\)](#) , para dicha tecnología ( *BOE* núm. 234, de 27 de septiembre de 2008).

3 López Escudero, M., “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* , Madrid, MAEC, 2014, pp. 228-229. Ahora bien, hay que tener en cuenta que este tipo de incentivos públicos a las inversiones en energías renovables no han sido únicamente utilizados por España, sino que varios países de nuestro entorno han aplicado este tipo de medidas, tanto entre Estados de la UE (Alemania, Italia, República Checa, Francia, Eslovaquia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Países Bajos o el Reino Unido), como en países terceros (India, China o Canadá): Boute, A., “The Potential Contribution of International Investment Protection Law To Combat Climate Change”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* , Vol. 27 (2009), pp. 333-376.

4 Sobre esta cuestión, puede verse los trabajos publicados en la obra conjunta [Riesgo regulatorio en las energías renovables \(BIB 2014, 4346\)](#) , Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

Dos grandes modificaciones se produjeron sobre este marco regulatorio inicial en los siguientes años para intentar paliar las cuantiosas pérdidas económicas para el Estado español en el sector eléctrico: una primera, que se puede llamar “el paquete de medidas regulatorias del 2010” –esencialmente [RD 1614/2010 \(RCL 2010, 3121\)](#) <sup>5</sup> y [RDL 14/2010 \(RCL 2010, 3241\)](#) <sup>6</sup> – que supone, *grosso modo* , una reducción o recorte de los incentivos al régimen de promoción de las renovables previsto inicialmente, y el “paquete de medidas regulatorias del 2013-2014” –especialmente, [RDL 9/2013 \(RCL 2013, 1092\)](#) , [RD 413/2014 \(RCL 2014, 807\)](#) y [Orden Ministerial IET/1045/2014 \(RCL 2014, 858\)](#) –, que implican la eliminación completa de dichos incentivos. Este radical cambio regulatorio es la razón fundamental que ha motivado la incoación de, hasta el momento, más de 40 arbitrajes internacionales por parte de inversores extranjeros con intereses económicos en instalaciones fotovoltaicas y termoeléctricas en territorio español. Estos inversores argumentan que las reformas repentinas y abruptas en el régimen jurídico de promoción de las energías renovables supone una violación de los compromisos de protección asumidos por España como Estado contratante en el [Tratado sobre la Carta de la Energía \(TCE\) \(RCL 1995, 1457\)](#) <sup>7</sup> .

5 [Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre \(RCL 2010, 3121\)](#) , por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica ( *BOE* núm. 298, de 8 de diciembre de 2010).

6 [Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre \(RCL 2010, 3241\)](#) , por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico ( *BOE* núm. 312, de 24 de diciembre de 2010).

7 *BOE* , núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

La posibilidad de incoar un arbitraje internacional en donde se valore sobre la legitimidad y legalidad de dichas medidas regulatorias adoptadas por las autoridades españolas a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país sólo cabe a los inversores extranjeros. Por el contrario, como es lógico, los inversores españoles no tienen la opción de acudir al arbitraje internacional de inversiones para reclamar frente a la adopción de estas medidas que perjudica sus intereses económicos y, por ello, han de acudir necesariamente a los tribunales españoles, lo que ha sucedido en cientos de casos sometidos al Tribunal Supremo <sup>8</sup> .

8 Por lo que se refiere a la jurisprudencia generada por el Tribunal Supremo español hasta 2014 véase López Escudero, M., “Arbitrajes de inversiones...”, *op.cit* . pp. 237-243. Para un análisis de la posición del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español en los casos sometidos a su consideración véase Hernández Mendible, V.R., “El [Tratado sobre la Carta de la Energía \(RCL 1995, 1457\)](#) y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso *Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l. vs. Reino de España* ”, *Revista de Administración Pública* , n.º 202 (2017), 223-253, pp. 230-236.

Sin embargo, los inversores extranjeros, que también tienen la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado receptor de la inversión (en este caso, los tribunales españoles), sí tienen una segunda opción fundamentada en el Derecho Internacional (DI) de las Inversiones <sup>9</sup> . Este sector del ordenamiento internacional se basa en la actualidad en una serie de tratados internacionales, tanto

bilaterales (APRIs) como multilaterales, de protección de inversiones. Dichos tratados responden de manera general a una misma estructura, distinguiéndose entre los aspectos sustantivos y los aspectos procesales. Por una parte, establecen una protección sustancial en favor de los inversores de una de las partes cuando realiza sus inversiones en el territorio de otra parte contratante. Esta protección sustancial se materializa en un conjunto de derechos de los inversores, entre los que se suelen incluir, entre otros, el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición frente a las expropiaciones sin justa indemnización, y un compromiso de permitir la libre transferencia de rentas. Junto con dicha protección material se incorporan una serie de disposiciones procesales sobre arreglo de controversias inversor-Estado. En estas disposiciones y de manera casi unánime, se ha previsto como “método preferente y general, el recurso al arbitraje internacional”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> También el gran inversor español con filiales o sociedades vinculadas al extranjero tienen abierta esta vía, lo que provoca una sensación de injusticia respecto de los pequeños inversores nacionales, tal y como pone de manifiesto Iruretagoyena Agirrezabalaga, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los ‘recortes’ en el ámbito de las energías renovables”, *La Ley*, n.º 9013, 2017, p. 2 y ss.

<sup>10</sup> Fernández Masía, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9 (2017), n.º 2, 666-676, p. 669.

A este esquema responde precisamente el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), instrumento que fundamenta los procedimientos arbitrales abiertos contra España<sup>11</sup>. Este tratado multilateral en materia de inversiones energéticas incluye una serie de derechos de los inversores extranjeros, cuya interpretación y aplicación se garantiza por la opción de incoar un arbitraje internacional frente a un Estado Contratante por parte de un inversor si entiende que las acciones o medidas estatales emprendidas suponen una violación de las obligaciones sobre protección de las inversiones contempladas. Cuando el inversor extranjero acude al arbitraje<sup>12</sup>, el párrafo 4 del [artículo 26](#) del TCE le reconoce la triple posibilidad de acudir bien ante un arbitraje administrado ante el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en caso de que tanto la Parte Contratante de nacionalidad del inversor como la Parte Contratante en litigio sean parte en el [Convenio CIADI \(RCL 1994, 2584\)](#); o ante un único árbitro o tribunal de arbitraje *ad hoc* siguiendo el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés); o bien ante un arbitraje administrado en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE). El arbitraje es obligatorio para los Estados parte en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), según establece su [artículo 26.3](#), aunque los Estados incluidos en el [Anexo ID](#) de este tratado, entre los que se encuentra España, no dan su consentimiento incondicional al arbitraje si el inversor extranjero ha recurrido previamente a los tribunales nacionales o a otro medio de solución de controversias<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> López Escudero, M., “Arbitrajes de inversiones...”, *op.cit.*, pp. 243-245. Una abundante información sobre este Tratado y su aplicación puede verse en la web de la Secretaría de la Carta de la Energía. <https://energycharter.org/who-we-are/secretariat/overview/>.

<sup>12</sup> La primera etapa del procedimiento de solución es siempre la negociación entre las partes, que se extenderá como mínimo por un plazo de tres meses, desde la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado formalmente una solución amigable. Transcurrido sin acuerdo dicho plazo, el inversor afectado podrá optar por someter la controversia para su solución; ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la disputa, a un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o bien someterla a un arbitraje internacional.

<sup>13</sup> El apartado 7 del [artículo 26](#) establece que “cualquier inversor que no sea persona física, que tenga la nacionalidad de una Parte Contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito mencionado en el apartado 4) y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y dicha Parte Contratante, esté controlado por inversores de otra Parte Contratante, será tratado, a los efectos de la letra b) del apartado 2) del [artículo 25](#) del Convenio del CIADI, como ‘Ciudadano nacional de otro Estado Contratante’, y como ‘Ciudadano de otro Estado’ para los fines del apartado 6 del artículo 1 de las Normas del Mecanismo Adicional”. En consecuencia, permite a las filiales extranjeras de empresas españolas instar los arbitrajes contra el Estado español, igual que los inversores completamente extranjeros.

## 2. Los arbitrajes de inversión iniciados contra España por los recortes en el sector de las energías renovables

Como se ha advertido, las reformas legislativas en el sector de las energías renovables introducidas por España de forma progresiva y abrupta en los últimos años, ha dado lugar a una de las “sagas más prolíficas en el arbitraje de inversión contemporáneo”<sup>14</sup>. Hasta la fecha hay

registrados (al menos de forma pública)<sup>15</sup> un total de 44 arbitrajes contra España en distintos foros arbitrales basados en las reformas legislativas adoptadas por España en el marco regulatorio de los incentivos a la producción de energías renovables<sup>16</sup>, de los que 7 ya han superado la fase sobre el fondo de la controversia o incluso han finalizado, con distintos resultados. En dos ocasiones los tribunales arbitrales resolvieron a favor de las tesis del Estado<sup>17</sup>, mientras que cuatro arbitrajes han caído ya del lado de los inversores extranjeros<sup>18</sup>, y en otro el inversor desistió de su demanda, después de haberla registrado<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Pascual Vives, F., y Aragonés Molina, L., ¿A la tercera va la vencida? ( *Eiser Infraestructure y Energía Solar c. España* , Caso CIADI n.º ARB/13/36), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* , n. 35 (2018), 19-28, p. 26.

<sup>15</sup> La información sobre los arbitrajes basados en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) es difícil de obtener, porque la Secretaría de la Carta de la Energía no interviene en ellos y, como son confidenciales, los Estados no tienen obligación de informar a la Secretaría del contenido y evolución de estas disputas.

<sup>16</sup> En el momento de cerrar este trabajo, según los datos que constan en el sitio web de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, España tiene todavía pendientes un total de 42 arbitrajes de inversión que versan sobre el régimen de promoción a los incentivos para la producción de energías renovables. España es el segundo Estado con mayor índice de litigiosidad como demandado, solo por detrás de Argentina.: (consultada el 19-1-2019).

<sup>17</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n.º 062/2012, Laudo de 21-1-2016); *Isolux Infraestructure Netherladns, B.V. c. España* (caso CCE n.º V2013/153, Laudo de 12-7-2016).

<sup>18</sup> *Eiser Infraestructure Limited y Energía Solar Luxemburg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n.º ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017); *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. España* (caso CEE n.º 063/2015, Laudo de 15-2-2018) ( *Novenergia* ); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España* (caso CIADI n.º ARB/14/1, Laudo de 16-5-2018) ( *Masdar* ); y *Antin Infraestructure Services Luxemburg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España* (caso CIADI n.º ARB/13/31, Laudo de 15-6-2018) ( *Antin* ).

<sup>19</sup> *Solarpark Management & Co. Atum I KG c. España* (caso CCE n.º 2015/163).

Con estas premisas, el objeto del presente trabajo se centra en el analizar las repercusiones jurídicas de los laudos arbitrales dictados hasta ahora en procedimientos arbitrales incoados contra España por inversores extranjeros con intereses económicos en el sector de las energías renovables. Para ello, expondremos los diferentes arbitrajes de inversiones y su repercusión para la defensa de los intereses de España en los arbitrajes todavía pendientes. Asimismo, analizaremos la conformidad de los recortes del sistema español de incentivos a las energías renovables a la luz del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) . En este sentido, se hará hincapié en las cuestiones debatidas sobre el fondo de la disputa, en especial la evolución del contenido de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) . Pero también abordaremos algunas cuestiones de orden procesal planteadas por España que afectan a la jurisdicción arbitral, en particular tras la [sentencia del Tribunal de Justicia de la UE \(TJUE\) en el asunto Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) y sus repercusiones jurídicas para las relaciones entre el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y el Derecho de la UE.

## II . Los casos “Charanne c. España e Isolux c. España”: una primera reválida positiva para los intereses de España

### 1 . El caso “Charanne c. España”: un triunfo que solo afecta a las medidas regulatorias del 2010

El primer arbitraje internacional que examinó el marco regulatorio español en materia de promoción de las energías renovables culminó con el laudo dictado en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* , el 21 de enero de 2016, cuya parte sobre el fondo resultó favorable a los intereses de nuestro país. No obstante, conviene aclarar que en este primer examen únicamente se impugnaron el “paquete de medidas regulatorias del 2010”. Las empresas demandantes alegaron la violación de tres obligaciones sustantivas contenidas en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , a saber: la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo ( [art. 10.1](#) ), la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos ( [art. 10.12](#) ), y la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente ( [art. 13](#) ). Estas obligaciones se entendieron vulneradas por los inversores al promulgarse el “paquete de medidas regulatorias del 2010”, que modificaron

sensiblemente el régimen jurídico español en el sector de las energías renovables, estableciendo límites tanto en el plazo de percepción de las tarifas reguladas inicialmente previsto, como en el número de horas equivalentes de producción. Asimismo, impusieron nuevas obligaciones a los productores de energías renovables, obligándoles a cumplir requisitos técnicos adicionales frente a huecos de tensión y a pagar un peaje de acceso a la red<sup>20</sup>. Cabe advertir que sólo parte de los arbitrajes de inversiones sobre energías renovables incoados contra España impugnan el “paquete de medidas regulatorias de 2010”, pues otras demandas se centran en el “paquete de medidas regulatorias del 2013-2014”, distinción sobre la que hizo hincapié el tribunal arbitral en *Charanne*<sup>21</sup>, consciente de la eventual repercusión de sus razonamientos en ulteriores arbitrajes. Aunque España presentó varias objeciones impugnando la jurisdicción del tribunal arbitral, de indudable interés para la defensa procesal de nuestro país<sup>22</sup>, nos centramos ahora en la parte del laudo que se ocupó de resolver el fondo de la disputa, resaltando algunos aspectos jurídicos de interés, particularmente sobre la alegada violación de proporcionar un trato justo y equitativo en el marco del [TCE \(RCL 1995. 1457\)](#).

<sup>20</sup> [Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre \(RCL 2010, 2984\)](#), por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial ( *BOE* núm. 283, de 23 de noviembre de 2010); el [Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre \(RCL 2010, 3121\)](#), por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar, termoelectrónica y eólica ( *BOE* núm. 298, de 8 de diciembre de 2010), y el [Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre \(RCL 2010, 3241\)](#), por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico ( *BOE* núm. 312, de 24 de diciembre de 2010). Un análisis del contenido de este laudo puede encontrarse en los trabajos de Pascual Vives, F., “El régimen de promoción de las energías renovables pasa su primer examen internacional: el caso *Charanne* y *Construction Investments* c. España (Fondo)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68 (2016), n.º2, pp. 369-377; y también Hernández Mendible, V.R., “El [Tratado sobre la Carta de la Energía \(RCL 1995. 1457\)](#) y el arbitraje internacional...”, *op.cit.*, pp. 223-253.

<sup>21</sup> *Charanne...*, *op.cit.*, párrs. 452 y 542.

<sup>22</sup> Sobre las objeciones presentadas en relación con la jurisdicción y admisibilidad de la demanda y los razonamientos de los tribunales este caso, puede consultarse Requena Casanova, M., “El régimen de promoción de las energías renovables pasa su primer examen internacional: el caso *Charanne* y *Construction Investments* c. España (Jurisdicción)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, (2016), n.º 2, pp. 359-367.

### 1.1 . La aplicación del trato justo y equitativo

La obligación de otorgar un trato justo y equitativo suministra un argumento a los inversores extranjeros en energías renovables contra los recortes/eliminación de los incentivos por parte de las autoridades españolas. El [artículo 10](#) del TCE impone la obligación de trato justo y equitativo a los inversores sin ninguna referencia ni aclaración adicional, por lo que estamos ante una obligación muy genérica que se presta, como en la mayoría de los APPRI, a una intensa invocación por los inversores extranjeros ante cualquier circunstancia que pueda perjudicar sus inversiones y que no pueda ser debatida con otras reglas jurídicas del DI de Inversiones (trato nacional, Trato de la Nación más Favorecida, prohibición de expropiaciones, etc.)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> López Escudero, M., “Arbitrajes de inversiones...”, *op.cit.*, p. 261.

En cuanto a la alegada violación de la obligación de trato justo y equitativo, los inversores argumentaron que, por una parte, se produjo una alteración inesperada del marco regulatorio y económico que era aplicable, vulnerando sus legítimas expectativas. Además, las medidas impugnadas también conculcan sus derechos adquiridos, al desplegar efectos retroactivos. En cuanto a la cuestión referida a la alteración del marco regulatorio y vulneración de las expectativas legítimas del inversor, el tribunal comenzó por aclarar que el objeto del litigio se centraba únicamente en las “normas de 2010”, por lo que no podía entrar a valorar las posteriores medidas legislativas<sup>24</sup>. Hecha esta precisión, el tribunal pasó a examinar el argumento de la existencia de las legítimas expectativas por parte del inversor, esencial para valorar si se ha violado la obligación de trato justo y equitativo. A juicio del tribunal, la generación de esas legítimas expectativas ha de proceder bien de un compromiso específico o bien del conjunto de normas jurídicas que, aunque no han sido dirigidas específicamente a un inversor en particular, han sido adoptadas con el fin de inducir a realizar la inversión. Desechada la idea de que la adopción de las “normas de 2010” pudieran considerarse un compromiso específico como pudiera ser una cláusula de estabilización, el órgano arbitral ponderó si la misma podría deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico vigente en el momento de realizar

la inversión<sup>25</sup>. Para realizar tal análisis, ha de partirse de un estándar objetivo, no siendo suficiente la mera convicción subjetiva del inversor en el momento de realizar la inversión. En este caso, lo relevante para el tribunal es conocer si se había creado la expectativa legítima de que el marco regulatorio permanecería inmutable durante toda la vida útil de las placas fotovoltaicas, llegando a la conclusión de que ello no podía aceptarse, pues “admitir la existencia de semejante expectativa sería, en efecto, equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Charanne, *op.cit.*, párrs. 483-484.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párrs. 490-493.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 503.

Además, otro aspecto para determinar la inexistencia de una expectativa legítima fue la conducta de los inversores, esto es, el tribunal valoró si al establecer su inversión las demandantes habían realizado un análisis diligente del marco jurídico de su inversión. En este caso, el tribunal rechazó que las medidas regulatorias no fueran razonablemente previsibles en el momento de la inversión, pues tanto la legislación como la jurisprudencia española eran claras respecto a la posibilidad de modificarse el sistema de retribución aplicable a la energía fotovoltaica<sup>27</sup>. Por tanto, a falta de un compromiso específico, el tribunal reconoce al Estado un cierto margen de discreción en el ejercicio de su poder regulatorio en determinados sectores de importancia económica esencial, como el régimen de los incentivos a la generación de las energías renovables<sup>28</sup>. Por otra parte, el tribunal rechazó el argumento sostenido por las demandantes de que las medidas impugnadas fuesen “desproporcionadas o irracionales” pues, aunque pudieran perjudicar los intereses económicos de los inversores, fueron adoptadas “con base en criterios objetivos”<sup>29</sup>. Tampoco las calificó como contrarias al interés público porque se habían adoptado precisamente para “tratar de limitar el déficit y la evolución del precio”<sup>30</sup> de la electricidad pagado por los consumidores españoles. Tampoco son incoherentes o injustas, con lo cual no existe violación del [artículo 10](#) del TCE<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 505.

<sup>28</sup> Como señala F. Pascual Vives esta “afirmación viene a reforzar una incipiente tendencia en el Derecho internacional económico por reconocer a los Estados cierto margen de discreción en el ejercicio de su poder regulatorio sobre determinados sectores de la economía”: “El régimen de promoción de las energías renovables...”, *op.cit.*, p. 372.

<sup>29</sup> Charanne, párr. 534.

<sup>30</sup> *Ibid.*, párr. 536.

<sup>31</sup> *Ibid.*, párr. 540.

Respecto a la violación del estándar del trato justo y equitativo en relación con el carácter retroactivo de las medidas regulatorias impugnadas, el tribunal concluye que dicha obligación no puede implicar en ningún caso la posibilidad de que el marco regulatorio ha de mantenerse igual para todas las plantas elegibles a lo largo de la su vida útil, pues semejante postura llevaría “a congelar el marco regulatorio, limitando cualquier cambio de la regulación a nuevas plantas de generación que se instalaran con posterioridad”<sup>32</sup>. Las anteriores consideraciones llevaron al tribunal a concluir que no se había violado la obligación de conceder un trato justo y equitativo.

<sup>32</sup> *Ibid.*, párr. 546.

## 1.2 . La prohibición de expropiación indirecta

En lo que se refiere a la alegada violación de la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, el [artículo 13.3](#) del TCE prohíbe medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al procedimiento legal y mediante el pago de indemnización rápida, adecuada y efectiva<sup>33</sup>. Para el inversor, la adopción por parte de España de las medidas regulatorias constituía una expropiación indirecta de los rendimientos derivados de sus activos, produciéndose un severo impacto económico en la actividad desarrollada. El tribunal examinó dicha pretensión considerando dos aspectos complementarios. El primero se refería a que la inversión protegida por el

[TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) debe estar en posesión o bajo el control del inversor en el momento de adopción de las medidas controvertidas, y en este caso, lo que se posee por parte de la demandante es una participación en acciones en una sociedad mercantil, pero no los rendimientos futuros de la empresa. La segunda cuestión se refiere al propio concepto de expropiación indirecta. A juicio del tribunal, una expropiación indirecta puede tener su origen tanto en una pérdida del control sobre la inversión, como en una pérdida del valor de las acciones. En este último caso, debe producirse una afectación sustancial del derecho, esto es, la pérdida de valor “tiene que ser de tal magnitud que equivalga a una privación de propiedad”<sup>34</sup>. En este caso, el tribunal concluyó que:

<sup>33</sup> Sobre el concepto de expropiación indirecta y la jurisprudencia arbitral véase Iruretagoyena Agirrezabalaga, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, 2010, pp. 285-317.

<sup>34</sup> *Charanne*, párr. 464.

“Una simple disminución del valor de las acciones objeto de la inversión no puede [...] caracterizar una expropiación indirecta, a menos que la pérdida sea tal que se pueda considerar equivalente a una privación de propiedad”<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párr. 465.

Para el tribunal, la adopción de las medidas regulatorias supuso una reducción de la rentabilidad de las plantas fotovoltaicas, pero incluso ésta se ha seguido manteniendo positiva, tal como reconocieron las propias demandantes, por lo que ni mucho menos queda probado que las medidas impugnadas hayan tenido efectos equivalentes a una expropiación.

### 1.3 . Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos

En relación con la obligación de garantizar medios eficaces para el ejercicio de los derechos prevista en el [artículo 10.2](#) del TCE<sup>36</sup>, las demandantes entendieron que al utilizar el [Real Decreto-ley 14/2010 \(RCL 2010, 3241\)](#) para introducir los cambios normativos, el Estado les privaba de la posibilidad de impugnar esta norma en el orden contencioso administrativo<sup>37</sup>. Si bien es cierto que este tipo de normas no pueden recurrirse ante este orden jurisdiccional, no lo es menos que sí pueden ser atacadas ante los tribunales españoles bien planteando una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado, bien interponiendo una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español. Para valorar esta cuestión, el tribunal concibió la obligación contenida en el [artículo 10.12](#) del TCE bajo la óptica del principio de subsidiariedad, es decir, cada Estado puede establecer el sistema de recursos judiciales que considere oportuno. La obligación contenida en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) no impone a un Estado la necesidad de establecer una determinada y concreta organización de su sistema judicial (por ejemplo, obligándole a establecer un sistema de control directo de la constitucionalidad de sus actos de naturaleza legislativa), sino que el sistema de leyes y de recursos judiciales que se ponga a disposición de los justiciables ha de funcionar de una manera efectiva<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> El [artículo 10.2](#) del TCE establece que: “Las Partes Contratantes se asegurarán de que su derecho nacional proporcione medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos en relación con inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión”.

<sup>37</sup> *Charanne*, párrs. 309-312.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 470.

En razón de lo anterior, tampoco apreció el tribunal arbitral una violación del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) en lo que se refiere a la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos.

## 2 . El caso “Isolux c. España”: un triunfo que afecta a las medidas “regulatorias del 2013”

El segundo de los laudos dictados en esta saga de arbitrajes fue en el caso *Isolux Infraestructure Netherlands, B.V. c. España* el 12 de julio de 2016, también favorable al Estado español, pues el tribunal arbitral rechazó todas las pretensiones de las demandantes<sup>39</sup>. Sin embargo, en este caso



existe una diferencia esencial respecto del caso *Charanne* pues se impugnaron el paquete de “medidas regulatorias del 2013”. Las demandantes alegaban que las medidas legislativas adoptadas por España que modificaron el marco regulatorio establecido en 2007 violaban las obligaciones previstas en los [artículo 10](#) y [13](#) del TCE. La demandante realizó una inversión en determinadas plantas solares confiando en el régimen especial establecido por la normativa inicialmente diseñada en 2007 –en especial, el [RD 661/2007 \(RCL 2007, 1007\)](#) y el [RD 1578/2008 \(RCL 2008, 1663\)](#) –, y alegó que el nuevo régimen regulatorio aprobado por España en 2012 frustró sus expectativas legítimas protegidas por el estándar de trato justo y equitativo y supuso una expropiación indirecta de su inversión, ya que el valor económico de la misma consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida bajo el régimen especial a una tarifa regulada (*feed-in tariff*).

<sup>39</sup> La empresa *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V* (en adelante, *Isolux*), instó un proceso arbitral ante el Instituto de Arbitraje de la CCE de conformidad con su Reglamento, alegando la vulneración por parte de España del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). Respecto al fondo del asunto, el órgano arbitral presidido por Y. Derains (francés) y formado por los árbitros G.S. Tawil (argentino) y C. von Wobeser (mejicano), rechazó las reclamaciones planteadas por la demandante, y ordenó que esta pagara a la demandada la suma de 113.044,11 euros por los costos del arbitraje fijados por la CCE. Asimismo, declaró que carecía de jurisdicción respecto a las reclamaciones relativas a la introducción del impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica por la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#), rechazando las demás objeciones a la jurisdicción.

## 2.1 . La pretendida violación de la obligación del trato justo y equitativo

Respecto a la alegada violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, el tribunal se centró en delimitar cuando se puede entender que se han generado expectativas legítimas al inversor, lo que debía realizarse mediante un análisis objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Entre estas circunstancias, es preciso tomar en consideración, de manera muy relevante, la conducta diligente del inversor y la información con la que contaba éste en el momento de realizar la inversión<sup>40</sup>. Y en este caso concreto, para el tribunal, el marco regulatorio existente, en la fecha en que se hizo la inversión, no podía generar una expectativa razonable de que dicho marco no sería modificado con posterioridad. España había ido modificando el marco regulatorio varias veces con anterioridad a la fecha de la inversión, teniendo la posibilidad de adaptarlo tomando en consideración las necesidades técnicas y económicas en cada momento. Por ello, finalmente, tras confirmar que no había existido irretroactividad de las medidas, puesto que no se obliga a devolver las retribuciones cobradas con anterioridad a la entrada en vigor de los actos jurídicos impugnados, el tribunal arbitral consideró que no había existido una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España* (caso CCE n.º V2013/153), párrs. 778-781.

<sup>41</sup> El tribunal arbitral estimó que: “[...], de acuerdo con la distinción adoptada por el tribunal en el caso *Nations Energy c. Panamá* entre retroactividad y aplicación inmediata, que el sistema instaurado por el [RDL 9/2013 \(RCL 2013, 1092\)](#) no tiene efecto retroactivo, sino que es de aplicación inmediata. Lo anterior, puesto que no revoca derechos adquiridos por la Demandante en la explotación de las Plantas, aplica para el futuro. El [RDL 9/2013 \(RCL 2013, 1092\)](#) no supone la devolución de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013, las cuales son intangibles”: *ibíd.*, párrs. 814 y 815.

## 2.2 . La pretendida violación de la prohibición de expropiación indirecta

Entre los argumentos invocados por los inversores, la parte demandante alegaba que España había violado el [artículo 13](#) del TCE, pues las medidas impugnadas habían tenido como efecto una privación sustancial de la inversión. La argumentación de la parte demandante en este caso fue similar a aquella que había sido realizada por el inversor en el caso *Charanne*. Para valorar esta cuestión, el tribunal estimó que, a pesar de que el objeto de la protección son las acciones y no los rendimientos, la protección concedida por el [artículo 13](#) del TCE se extiende tanto a la titularidad de las acciones como al valor de las mismas. Tras afirmar lo anterior, el tribunal trató de determinar si las medidas regulatorias adoptadas por España tenían un efecto expropiatorio sobre la inversión. En este caso, y tras valorar los informes periciales presentados, no podía afirmarse que pudiera hablarse de una pérdida radical o severa, pues a su juicio, incluso la rentabilidad actual era superior a aquella de la que gozaban las instalaciones fotovoltaicas en el momento de realizar la inversión<sup>42</sup>. En consecuencia, el tribunal también rechazó que esta pretensión conllevara una expropiación indirecta e injustificada.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, párrs. 843-852.

### III . El caso “Eiser c. España”: un punto de inflexión en la saga de arbitrajes

#### 1 . Las medidas impugnadas y las reclamaciones del inversor

El 4 de mayo de 2017 un tribunal arbitral del CIADI dictó un laudo en el caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxemburg S.à.r.l. c. España* <sup>43</sup>, por el que declaró la responsabilidad internacional de España por violar sus obligaciones contraídas en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), condenando a nuestro país al pago de una indemnización por daños y perjuicios <sup>44</sup>. Se trata del primer laudo condenatorio para España como consecuencia de los litigios planteados por los inversores extranjeros en relación con las medidas legislativas adoptadas por las autoridades españolas <sup>45</sup>.

<sup>43</sup> El órgano arbitral, compuesto por J.R. Crook (estadounidense), en calidad de Presidente, y por los árbitros S.A. Alexandrov (búlgaro) y C. McLachlan (neozelandés).

<sup>44</sup> El laudo fija como medida de reparación una indemnización de 128 millones de euros, más intereses. Los intereses se fijaron sobre el monto de la indemnización y se calcularon desde el 20-6-2014 hasta el 4-5-2017 a una tasa de 2,07% compuesta mensualmente, y desde el 4-5-2017 hasta la fecha de pago a una tasa de 2,5% compuesta mensualmente: ver *Eiser*, párr. 478.

<sup>45</sup> Fernández Masiá, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes...”, *op.cit.*, p. 667.

En relación con las medidas impugnadas, la disputa surgió con la promulgación de la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#) <sup>46</sup>, que supuso el inicio de una serie de reformas legislativas en el sector de la energía renovable y, en especial, la solar fotovoltaica, que condujeron a la sustitución del régimen jurídico inicialmente diseñado en 2007 <sup>47</sup>, hasta finalmente su abolición total. Según las demandantes, este cambio normativo afectó de manera drástica a su inversión y, en particular, constituía una violación de diversas obligaciones asumidas por España en virtud de las disposiciones del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), a saber: la expropiación indirecta de su inversión (art. 13); la denegación de un trato justo y equitativo ([art. 10.1](#)); el deterioro mediante el sometimiento de su inversión a medidas exorbitantes ([art. 10.1](#)); y el incumplimiento de las obligaciones contraídas con las inversiones de las demandantes ([art. 10.1](#))

<sup>46</sup> [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#), de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (*BOE*, núm. 312, de 28 de diciembre de 2012). Esta ley estableció un impuesto del 7% sobre el valor total de toda la energía alimentada a la Red Eléctrica Nacional por los productores de energía y eliminó las primas para la electricidad generada con gas.

<sup>47</sup> Entre las que destacan (sin ánimo exhaustivo), las introducidas por el [Real Decreto-ley 2/2013 \(RCL 2013, 181\)](#), de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (*BOE*, núm. 29, de 2 de febrero de 2013); el [Real Decreto-ley 9/2013 \(RCL 2013, 1092\)](#), por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (*BOE*, núm. 167, de 13 de julio de 2013); y el [Real Decreto 413/2014 \(RCL 2014, 807\)](#), por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (*BOE*, núm. 145, de 10 de junio de 2014).

En línea con la posición que ha venido manteniendo sistemáticamente en otros arbitrajes de inversión, España invocó varias objeciones a la jurisdicción, de las cuales el órgano arbitral admitió dos excepciones relativas a la aplicación por parte de España de un impuesto del 7% sobre el valor de la producción de energía eléctrica, creado por la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#). Por ello, las reclamaciones relacionadas con esta medida tributaria quedaron excluidas <sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Sobre las excepciones a la jurisdicción del tribunal arbitral en este caso puede consultarse Pascual Vives, F., y Aragón Molina, L., “¿A la tercera va la vencida? (*Eiser Infrastructure y Energía Solar c. España* ...)”, *op.cit.*, pp. 21-23.

#### 2 . Las excepciones a la jurisdicción arbitral: incompatibilidad entre el arbitraje de inversión y el Derecho de la UE

Entre los principales argumentos invocados por España para impugnar la jurisdicción arbitral destaca la imposibilidad de aplicar el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) a las controversias relacionadas con inversiones realizadas dentro de la UE por inversores de otros Estados miembros, en tanto que al formar parte de una única entidad jurídica no podía considerarse a los primeros como inversores de

otra parte contratante del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) . Este argumento, que confunde el plano internacional (vínculo existente entre un inversor extranjero y su Estado de nacionalidad) con el europeo (estatuto de ciudadanía europea), fue rechazado por el tribunal arbitral<sup>49</sup>. Otro argumento vinculado con este aspecto de la jurisdicción que también fue rechazado se basó en el principio de *autonomía* del Derecho de la UE. España defendió, conforme al [artículo 344](#) del Tratado de Funcionamiento de la UE ( [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) ), el carácter exclusivo de la jurisdicción del TJUE para conocer de las controversias que afectan a la interpretación de aquel ordenamiento jurídico, entre las que cabría incluir los arbitrajes de inversión que se refieren a la interpretación de acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros de la UE. En particular, el arbitraje previsto en el [artículo 26.1](#) del TCE violaría el [artículo 344](#) del TFUE, interpretado a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el [asunto MOX Plant \(TJCE 2006, 147\)](#)<sup>50</sup>. Sin embargo, como el arbitraje de inversión no se había celebrado entre “Estados miembros de la UE”, presupuesto necesario para la aplicación del [artículo 344](#) del TFUE, los órganos arbitrales no han dado pábulo a esta línea argumentativa<sup>51</sup>. Otro argumento invocado por España se refería a la “cláusula de desconexión implícita” contenida en el [artículo 26](#) del TCE, que excluiría las reclamaciones arbitrales de los inversores dentro de la UE. Sin embargo, hasta la fecha los tribunales arbitrales han interpretado de manera unánime que el significado ordinario del [artículo 26](#) del TCE no contiene limitaciones o condiciones “implícitas” al arbitraje<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> *Eiser* , párrs. 187-198.

<sup>50</sup> [Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2006 \(TJCE 2006, 147\)](#) , *Comisión c. Irlanda*, C-459/03 (EU:C:2006:245, párr. 123).

<sup>51</sup> En concreto, el tribunal del caso *Eiser* manifestó que: “(...) el [Artículo 344](#) no está implicado aquí. Este caso no implica ninguna controversia entre Estados Miembros de la UE, ni aborda la asignación de jurisdicción entre la UE y sus miembros”: *Eiser* , párr. 204. Este enfoque coincide con el del caso *Charanne* al señalar que: “(N)o existe ninguna norma de derecho de la UE que impida a Estados Miembros de la UE resolver mediante arbitraje sus controversias con inversores de otros Estados Miembros. Tampoco existe norma alguna de derecho de la UE que impida a un tribunal arbitral aplicar el derecho de la UE para resolver semejante disputa”: *Charanne* , párr. 438.

<sup>52</sup> *Charanne* , para. 437; *Eiser* , para. 207; *RREEF Infrastructure (GP) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl v. Spain*, ICSID case no. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction (6 June 2016), párrs. 81 y 82.

En la misma línea de excluir las disputas “intra-UE” del arbitraje de inversión, España invocó el párrafo 6 del [artículo 26](#) del TCE, que especifica el derecho aplicable a las controversias entre inversores y las partes Contratantes del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , estableciendo que los órganos arbitrales decidirán “ *las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho internacional aplicables* ”. Así, las normas del ordenamiento de la UE constituyen “ *normas de Derecho Internacional* ”, que se deben aplicar en la controversia de acuerdo con el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) . Este argumento también fue rechazado por el tribunal al entender que su jurisdicción “se deriva de los términos expresos del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) ” y, como tal, no se sujeta a los requisitos del ordenamiento jurídico de la UE<sup>53</sup>. Utilizando la misma línea argumental que en el caso *Charanne*, el órgano arbitral rechazó la interpretación del [artículo 26.6](#) del TCE defendida por España, que pretendía incluir una excepción implícita en la cobertura del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , a través de un argumento algo alambicado sobre el derecho aplicable a la disputa<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> *Eiser* , párr. 199.

<sup>54</sup> El tribunal se pronunció como sigue: “[E]ste caso no implica ninguna valoración de la validez de actos comunitarios o decisiones adoptadas por órganos de la Unión Europea, y no concierne de manera alguna a alegaciones por parte de la Unión Europea de violaciones al derecho de la UE ni tampoco demandas dirigidas en contra de dicha organización”: *Charanne* , párr. 488.

### 3 . Las medidas impositivas de “buena fe” se excluyen del arbitraje

Entre las diversas excepciones a la jurisdicción presentadas por España, la cuarta versaba sobre la falta de jurisdicción del órgano arbitral para conocer de las reclamaciones relacionadas con las violaciones del [artículo 10.1](#) del TCE vinculadas a la adopción de medidas impositivas, derivadas de la adopción del impuesto del 7% sobre el valor de la producción de energía eléctrica creado por la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#) , ya que se trataría de una medida impositiva que quedaría excluida del arbitraje conforme al [artículo 21.1](#) del TCE<sup>55</sup>. El tribunal comenzó su análisis recordando el

amplio margen de discreción que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) otorga a los Estados partes en materia tributaria y afirmando que estas medidas no podían encuadrarse “en un patrón de conducta dirigido a destruir a las demandantes”<sup>56</sup>, circunstancia esta última que podría haber descartado la invocación del citado precepto<sup>57</sup>. Sobre los límites del consentimiento al arbitraje en los términos del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), el órgano arbitral asumió una visión restringida del alcance del [artículo 21.1](#) del TCE<sup>58</sup>. En función de ello, el tribunal rechazó su jurisdicción para conocer de las reclamaciones en concepto de expropiación relacionadas con la adopción de las medidas impositivas.

<sup>55</sup> El [artículo 21.1](#) del TCE dispone lo siguiente: “A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes”.

<sup>56</sup> *Eiser*, párrs. 270-272.

<sup>57</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Rusia* (caso CPA n.º AA 227, Laudo de 18-7-2014, párr. 1407).

<sup>58</sup> En particular, “[e]l Tribunal no puede ignorar los términos claros del TCE sobre la base del presente expediente, el cual está muy por debajo de demostrar cualquier uso abusivo o inapropiado del poder impositivo”: *Eiser*, párr. 271.

Asimismo, en relación con la reclamación de las demandantes sobre la supuesta expropiación ilícita de su inversión, en parte por medio del impuesto del 7% anteriormente citado, España alegó con éxito el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos por el [artículo 21.5.b\)](#) del TCE, que exige que las reclamaciones de expropiación relativas a medidas impositivas reciban una consideración preliminar por parte de las autoridades fiscales nacionales. El tribunal arbitral concluyó que *Eiser* no había sometido ante la autoridad fiscal nacional competente su reclamación sobre la aplicación del impuesto con carácter previo a la incoación del arbitraje, como exige el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), por lo que esta parte de la demanda no podía someterse a su jurisdicción<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> *Eiser*, párrs. 282-290.

#### 4 . La aplicación del trato justo y equitativo

En cuanto al fondo de la disputa, las demandantes alegaron que la actuación emprendida por las autoridades regulatorias españolas al reemplazar el régimen establecido por el [RD 661/2007 \(RCL 2007, 1007\)](#) era contraria a las obligaciones contraídas por España en virtud del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). Por razones de economía judicial, el tribunal arbitral consideró que las reclamaciones de las demandantes se podían examinar conforme a la obligación del demandado de conceder a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo ([art. 10.1](#) TCE). Por tanto, la cuestión esencial en este arbitraje se centra en dilucidar en qué consiste el estándar de trato justo y equitativo en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), y cuál es el umbral o los límites a partir de los cuales su violación supone incurrir en responsabilidad internacional por parte de España.

El tribunal comienza afirmando que el principio del trato justo y equitativo no impide el derecho a regular por parte de los Estados, en particular, porque estos tienen que adaptar el marco regulatorio a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y legales futuras. En la línea con lo expresado en el caso *Charanne c. España*, el tribunal afirmó que, a falta de compromisos específicos, no puede existir una expectativa legítima por parte del inversor de inmutabilidad del marco regulatorio inicial<sup>60</sup>. Sin embargo, el tribunal del caso *Eiser* trató de distinguir la situación fáctica en este supuesto de aquél que tuvo que resolver el órgano arbitral del caso *Charanne*<sup>61</sup>. El tribunal del caso *Eiser* se cuidó en distinguir ambos casos, declarando que “*las medidas cuestionadas en Charanne tuvieron efectos mucho menos dramáticos que las medidas materia de este caso*”<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> *Eiser*, párr. 362.

<sup>61</sup> En este sentido, ya el propio tribunal del caso *Charanne* advirtió sobre esta cuestión, pues señaló que no se pretende prejuzgar “...de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal arbitral con base en el análisis del conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas de 2013, que han quedado por elección de las partes fuera del análisis sometido a este tribunal”: *Charanne*, párr. 542.

<sup>62</sup> *Eiser*, párr. 368.

Siguiendo la argumentación del caso *Charanne*, el tribunal asumió los parámetros plasmados en el laudo que resolvió aquel arbitraje para ponderar el cumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores en energías renovables en España. Según estos criterios, “un inversor [...] tiene la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base a la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”<sup>63</sup>. En particular, el tribunal estima que una medida no es desproporcionada o irracional, siempre que el cambio no sea caprichoso o innecesario “y que no llegue a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”<sup>64</sup>. Por su parte, el tribunal interpretó el contenido jurídico de la obligación genérica de conceder un trato justo y equitativo, y a tal fin quiso examinar el contexto y el objeto y fin del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), para concluir que

<sup>63</sup> *Ibid.* párr. 370.

<sup>64</sup> *Ibid.*., párr. 370, retomando, los razonamientos del laudo en el caso *Charanne* (párrs. 514-517).

“los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión”<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> *Ibid.*., párr. 382.

Así es como este tribunal considera que “la obligación de trato justo y equitativo debe entenderse en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), sin perjuicio de que pueda presentar distintos matices en otros tratados bilaterales o multilaterales sobre protección de las inversiones”<sup>66</sup>. Además, y aquí reside una de las principales razones que justifican que el laudo se decantara en contra de las tesis de España, el nuevo régimen retributivo culminado por la [Orden Ministerial IET/1045/2014 \(RCL 2014, 858\)](#) se aplicó retroactivamente a las demandantes, pues se había diseñado teniendo en cuenta la rentabilidad que obtendría una hipotética nueva “planta tipo”<sup>67</sup>, esto es, una instalación que no se correspondía con el tipo de planta que *Eiser* había proyectado, construido y financiado confiando en el sistema inicial previsto en el [RD 661/2007 \(RCL 2007, 1007\)](#)<sup>68</sup>. A juicio del tribunal, el nuevo régimen retributivo fue introducido de manera drástica y abrupta, sin tener en cuenta las características reales y los costos verdaderos asociados a la construcción y financiación de las plantas instaladas y en funcionamiento<sup>69</sup>. En la práctica, la entrada en vigor del nuevo régimen regulatorio tuvo como efecto sobre las inversiones de las demandantes no sólo una disminución de la rentabilidad (algo que ya había sucedido en *Charanne*)<sup>70</sup>, sino que no permitía siquiera hacer frente al pago de la deuda frente a los prestamistas externos, privando a las demandantes de “esencialmente todo el valor de su inversión”<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Pascual Vives, F., y Aragonés Molina, L., “¿A la tercera va la vencida? (*Eiser* ...)”, *op.cit.*., pp. 24-25.

<sup>67</sup> *Eiser*, párrs. 393 y 399.

<sup>68</sup> En el laudo se citan algunos informes de la Comisión Nacional de la Energía, del Consejo de Estado y de los empresarios del sector de las energías renovables en España donde se cuestionaba el impacto que podía tener el nuevo régimen retributivo implantado a partir del año 2013: *ibid.* párr. 407.

<sup>69</sup> *Eiser*, párrs. 413-414.

<sup>70</sup> *Charanne*, párr. 284.

<sup>71</sup> *Eiser*, párr. 418.

En función de este razonamiento, el tribunal declaró que, en este caso, España había violado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros con intereses económicos en energía termosolar. En lo referente a la indemnización, el tribunal calculó este aspecto considerando el valor presente de los flujos de caja futuros que se perdieron como consecuencia de las medidas controvertidas, cuyos efectos plenos se produjeron a partir de junio de 2014<sup>72</sup>, excluyéndose del cálculo final algunos aspectos que las demandantes también habían solicitado<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> *Eiser*, párr. 458.

<sup>73</sup> Entre los conceptos que el tribunal arbitral entendió que no debían ser objeto de indemnización destacan una compensación porque la vida útil de las plantas ascendía (según *Eiser*) a 40 años (y no a 25 años como indicaba el informe de *due diligence* solicitado por las demandantes al proyectar su inversión), la obtención de la indemnización neta de impuestos (es decir, incluyendo los impuestos que las demandantes deberían abonar cuando percibieran la indemnización), y las pérdidas sufridas antes de junio de 2014 (los denominados “daños históricos”): ver *ibíd.*, párrs. 445-446, 453-456 y 458-459, respectivamente.

En suma, el laudo dictado en el caso *Eiser c. España*, que está siendo examinado por una comisión *ad hoc* de anulación del CIADI<sup>74</sup>, rompe la racha favorable a los intereses de España, iniciada en el caso *Charanne* y seguida en *Isolux*. No obstante, debe matizarse que estos dos últimos arbitrajes se plantearon como respuesta al paquete de reformas regulatorias adoptadas en el año 2010 y no en relación con las medidas legislativas tomadas durante los años 2013 y 2014, precisamente las que fueron cuestionadas en *Eiser*.

<sup>74</sup> A partir del recurso de anulación interpuesto por España, interesando además la suspensión de su ejecución, el 20-4-2018, tras la renuncia de uno de sus miembros, la comisión *ad hoc* de anulación fue reconstituida y está presidida por R. Ramírez Hernández (mexicano) y compuesta por D. Hascher (francés) y M. Ali Khan (pakistaní). Esta comisión está llamada a examinar si concurren alguna de las causas de anulación previstas en el [artículo 52](#) del Convenio CIADI, circunstancias de anulación que han sido concebidas de manera muy estricta en la práctica arbitral. En cualquier caso, el inversor residenciado en Luxemburgo no ha querido esperar a que España pague y ha decidido vender su laudo a un “litigation fund”, encargado de hacer valer los derechos de cobro ante el CIADI.

#### IV . La consolidación del cambio de tendencia: los casos “Novenergía II, Masdar y Antin c. España”

En el contexto de esta saga de arbitrajes sobre energías renovables, durante el primer semestre de 2018 se han dictado tres laudos arbitrales condenatorios para España<sup>75</sup>. Los tribunales arbitrales en *Novenergía II*<sup>76</sup>, *Masdar*<sup>77</sup> y *Antin*<sup>78</sup> se pronunciaron sobre la compatibilidad con el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) de las medidas regulatorias adoptadas por las autoridades españolas durante el período 2007-2014, ya explicadas en este trabajo<sup>79</sup>. Las medidas impugnadas tuvieron un severo impacto económico tanto en el sector de la energía fotovoltaica (*Novenergía II*), como de la energía termosolar (*Masdar* y *Antin*). Los tribunales arbitrales también han resuelto distintas objeciones a la jurisdicción y admisibilidad planteadas por España, que siguen las líneas maestras trazadas en los arbitrajes de inversión ya concluidos.

<sup>75</sup> *Novenergía II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. España* (caso CCE n.º V2015/063, Laudo de 15-2-2018) (*Novenergía II*); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España* (caso CIADI n.º ARB/14/1, Laudo de 16-5-2018) (*Masdar*); y *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España* (caso CIADI n.º ARB/13/31, Laudo de 15-6-2018) (*Antin*).

<sup>76</sup> Administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE). Formado por J. Sidkev (sueco) como presidente, y por los árbitros A. Crivellaro (italiano) y B. Sepúlveda-Amor (mexicano).

<sup>77</sup> Administrado por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Formado por J. Beechey (británico) como presidente, y por los árbitros G. Born (estadounidense) y B. Stern (francesa).

<sup>78</sup> Administrado por el CIADI. Formado por E. Zulueta (colombiano) como presidente, y por los árbitros J.Ch. Thomas (canadiense) y F. Orrego Vicuña (chileno).

<sup>79</sup> Que se tradujeron en los recortes a las primas para la generación de electricidad mediante el aprovechamiento de fuentes renovables y además por considerar que, una vez realizada su inversión, el establecimiento de un impuesto del 7% a los ingresos de las empresas que generan electricidad con dichas fuentes les afectaba.

### 1 . Las excepciones a la jurisdicción arbitral

Los distintos órganos arbitrales aceptaron únicamente las excepciones a su jurisdicción referidas a las reclamaciones derivadas de las medidas impositivas establecidas por la Ley 15/2018, en virtud de la exclusión prevista en el [artículo 21.1](#) del TCE de las medidas tributarias establecidas en la legislación de una parte contratante, ya que estas no estaban introducidas con *mala fe*<sup>80</sup>. El resto de excepciones fueron rechazadas, si bien algunas merecen destacarse por el uso recurrente y sistemático que nuestro país hace de estas excepciones para impugnar la jurisdicción arbitral.

80 En este punto los tribunales han seguido la práctica arbitral afirmando que no es fácil destruir la presunción de que las medidas tributarias promulgadas por un Estado son *bona fide*. En efecto, como señaló el tribunal en el caso *Novenergia II*: “It is not easy to overthrow the presumption that a tax measure introduced by a state is enacted *bona fide* and the Tribunal notes that the actions relied upon by the Claimant in this respect fall short of the extreme actions that according to other arbitral tribunals constitute viable *mala fide* grounds”, párr. 524; *Masdar*, párrs. 291-294; y *Antin*, párrs. 319-323.

En primer lugar, las objeciones relativas a las relaciones entre el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y el Derecho de la UE corrieron una suerte similar a las ya planteadas en litigios anteriores. Esta primera excepción sostiene que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) no es aplicable a las controversias surgidas en el marco de relaciones de inversión intra-europea por ser incompatible con el Derecho de la UE, el cual debía prevalecer en caso de conflicto con el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) (“excepción intra-UE”). Los órganos arbitrales coincidieron, en línea con los argumentos de laudos anteriores<sup>81</sup>, en que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) resulta aplicable a las controversias iniciadas por los inversores europeos contra un Estado miembro<sup>82</sup>. En conexión con este argumento, España alegó que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) contiene una “cláusula de desconexión implícita”, cuyo objeto sería desvincular a los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, del mecanismo de solución de controversias del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). Los órganos arbitrales descartaron que el TJUE tuviera la competencia exclusiva para conocer sobre estas reclamaciones<sup>83</sup>, en tanto no se trata de litigios entre “Estados miembros de la UE”, sino de controversias basadas en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). En este mismo contexto, tampoco prosperó el argumento basado en el principio de primacía del Derecho de la UE pues, como sostuvieron los tribunales en los casos *Charanne*, *Isolux*, *RREEF* y *Eiser*, su jurisdicción se deriva exclusivamente del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y, al no haberse demostrado un conflicto entre el Derecho de la UE y el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), tampoco deben determinar la jerarquía entre el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y el Derecho de la UE<sup>84</sup>.

81 *Charanne*, párrs. 443-445; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n.º ARB/13/30), párrs. 73-76; *PV Investors c. España*, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción (CPA Case No. 2012-14), de 13 de octubre de 2014, párr. 183; *Isolux*, párr. 633.

82 El tribunal del caso *Masdar* se pronunció de la siguiente manera: “On a plain reading of the text of [Article 26](#), including the exclusory language of [Article 26\(3\)](#), the Tribunal concludes that there is nothing in the text of the [ECT \(RCL 1995, 1457\)](#) which precludes intra-EU disputes from its scope”, párr. 313; *Novenergia II*, párrs. 453-454; y *Antin*, párrs. 212-221.

83 *Masdar*, párrs. 335-340; y *Antin*, párrs. 223-225.

84 En el caso de *Novenergia II*, el tribunal encontró un argumento adicional en la Decisión de la Comisión Europea de 10 de noviembre de 2017, pues la Comisión afirma que esta Decisión “*is part of the Union law, and as such also binding on Arbitration Tribunals, where they apply Union law*” (Emphasis added.). “As seen above, this Tribunal is not applying Union law. This *per se* makes the EC Decision entirely irrelevant to the determinations pertaining to this Tribunal. Moreover, the EC Decision was adopted in order to regulate certain State aid issues under EU law, whereas the present dispute does not concern matters which are governed by EU law. It rather concerns certain alleged breaches of the [ECT \(RCL 1995, 1457\)](#) by the Kingdom of Spain, particularly the breach of the duty to accord the fair and equitable treatment (‘FET’) to foreign investors in the meaning of the [ECT \(RCL 1995, 1457\)](#) and of public international law, a legal notion which does not even exist, as such, in the EU legal order”: *Novenergia II*, párr. 465.

En segundo lugar, en el caso *Masdar* España solicitó la aplicación de la “cláusula de denegación de beneficios” prevista en el [artículo 17.1](#) del TCE, por entender que la demandante no ejercía una actividad comercial en su lugar de constitución (países Bajos). Sin embargo, la mayoría del órgano arbitral consideró que no se cumplían los requisitos establecidos por este precepto para justificar la adopción de una medida de aquella naturaleza<sup>85</sup>. Por su parte, en *Antin*, no fructificó la excepción basada en que las demandantes no habrían entablado negociaciones con el Estado español para alcanzar una solución amigable de la controversia ni tampoco habrían respetado el plazo de tres meses antes de someterla a arbitraje, en contravención del [artículo 26](#) del TCE. En este punto, el órgano arbitral entendió que la controversia había surgido a partir de un conjunto de medidas legales y, como las autoridades españolas no habían respondido adecuadamente a las comunicaciones remitidas por las demandantes inicialmente, exigirles la expiración del plazo habría resultado fútil<sup>86</sup>.

85 *Masdar*, párrs. 252-255.

86 *Antin*, párr. 356.

En conclusión, los tres órganos arbitrales únicamente admitieron la excepción relativa a la

compatibilidad de la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#) con el [artículo 10.1](#) de TCE, entrando a conocer el resto de los aspectos de la controversia relacionados con el fondo.

## 2 . La pretendida violación de la prohibición de expropiación indirecta

En relación con las reclamaciones presentadas por el inversor, en *Novenergía II* la parte demandante invocó la violación de los [artículos 10.1 \(trato justo y equitativo\)](#) y [13.1 \(expropiación indirecta\)](#) del TCE. En relación con el [artículo 13](#) del TCE, el demandante alegaba que se había violado la obligación no expropiar injustificada y desproporcionadamente, pues las medidas regulatorias impugnadas habían tenido como efecto una privación sustancial de la inversión. El tribunal comienza afirmando que ninguna de las medidas regulatorias que se promulgaron por España para regular las plantas fotovoltaicas tenía una intención o efecto de expropiación. Esto también se aplica a las medidas reglamentarias de 2013 y 2014 que el tribunal ha considerado que constituyen una infracción del derecho a brindar un trato justo y equitativo en virtud del [artículo 10.1](#) del TCE. Si bien dichas medidas afectaron seriamente la inversión de la demandante, otorgándole el derecho a una indemnización, sin embargo, no han afectado los derechos de propiedad del inversor extranjero<sup>87</sup>, descartando así una vulneración de la obligación de no expropiar de manera injustificada y discriminatoria.

<sup>87</sup> *Novenergía II*, párr. 761.

## 3 . La aplicación del trato justo y equitativo

Los argumentos de las demandantes en *Masdar* y *Antin* se centraron en determinar el umbral de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo a cargo de España. En relación con la posible infracción del [artículo 10.1](#) del TCE, los tres órganos arbitrales apoyaron sus argumentos en los razonamientos jurídicos del tribunal en el caso *Eiser*. Los tres órganos arbitrales afirmaron que, si bien el [artículo 10.1](#) del TCE exige la creación de un marco regulatorio estable y transparente para las inversiones extranjeras, los Estados pueden adoptar medidas legislativas que lo reformen<sup>88</sup>, siempre que estas respeten las legítimas expectativas creadas a las inversiones extranjeras establecidas con anterioridad. En cuanto al umbral a partir del cual su violación supone incurrir en responsabilidad internacional por parte del Estado receptor de la inversión, el tribunal del caso *Eiser* impuso un estándar muy exigente al concluir que estas expectativas no se habían respetado porque el nuevo régimen normativo había supuesto no solo una disminución de la rentabilidad, sino que había privado a los inversores extranjeros de “esencialmente todo el valor de su inversión”<sup>89</sup>. Sin embargo, el tribunal arbitral en *Novenergía II* matizó este enfoque de una manera que puede resultar muy perjudicial para los intereses de España en los arbitrajes todavía pendientes. Sobre este expediente, el tribunal afirmó lo siguiente:

<sup>88</sup> *Novenergía II*, párr. 654; *Masdar*, párr. 485 y *Antin*, párrs. 530-532 y 555.

<sup>89</sup> *Eiser*, párr. 418.

“Contrary to what the Respondent suggests, the actions of the Respondent need not have obliterated the Claimant's investment entirely in order for the Tribunal to consider that the Respondent has breached the FET [...]. In the Tribunal's view, the assessment of whether the FET standard has been breached is a *balancing* exercise, where the state's regulatory interests are weighed against the investors' legitimate expectations and reliance. It is not simply sufficient to look at the economic effect that the challenged measures have had. *Destruction of the value of the investment is clearly determinative in the assessment of whether a state has breached Article 13 of the ECT, but it is but one of several factors to consider when determining whether a state has breached Article 10(1) of the ECT*”<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> *Novenergía II*, párr. 694.

A juicio del tribunal, el *efecto económico* en la inversión es un factor importante en el ejercicio de balanceo entre el derecho a regular del Estado y las legítimas expectativas del inversor de conformidad con las obligaciones de trato justo y equitativo del [artículo 10.1](#) del TCE, ya que ayuda a mostrar un cambio en las características esenciales del régimen jurídico en el que confiaron los



inversores para realizar sus inversiones a largo plazo. De acuerdo con este razonamiento, el tribunal sostuvo que una reducción de la rentabilidad de entre un 23% y 32% en el período 2013-2016 suponía una “*a substantial deprivation of the Claimant's investment*” y, en consecuencia, concluyó que las medidas regulatorias introducidas por España durante dicho período fueron tan drásticas e inesperadas que suponen una violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros conforme al [artículo 10.1](#) del TCE.

Por su parte, el laudo dictado en *Masdar* llegó a una conclusión similar tras constatar que, mediante su conducta en el período 2007-2010, España había contraído una serie de “compromisos específicos” con los inversores extranjeros<sup>91</sup>. En concreto, el tribunal consideró que sería difícil concebir un compromiso más específico que una Resolución emitida por España dirigida particularmente a cada una de las Compañías Operadoras, confirmando que cada una de las Plantas calificó bajo el régimen económico del [RD 661/2007 \(RCL 2007, 1007\)](#) para su “vida operativa”. Debido a estos “compromisos específicos”, y al margen de si las disposiciones del [RD 661/2007 \(RCL 2007, 1007\)](#) eran suficientes, el tribunal arbitral concluyó que los inversores extranjeros tenían expectativas legítimas de que los beneficios otorgados por régimen inicial diseñado en 2007 permanecerían inalterados. Nótese que, como señalan F. Pascual Vives y L. Aragonés Molina, el tribunal arbitral “no puso tanto énfasis en determinar el impacto que las medidas habían tenido en la inversión extranjera (aspecto subjetivo), sino que se centró en analizar la (in)estabilidad del marco legal (aspecto objetivo)”<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> *Masdar*, párrs. 512-521.

<sup>92</sup> Pascual Vives, F., y Aragonés Molina, L., ¿Cambio de tendencia en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables? ( *Novenergía, Masdar y Antin c. España* ), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 36 (2018), 25-29, p. 28.

Un enfoque parecido siguió el tribunal del caso *Antin*, donde las legítimas expectativas se examinaron a la luz de la normativa controvertida para concluir que el concepto de “*reasonable rate of return*” dispuesto por las medidas adoptadas en 2013,

“is not based on any identifiable criteria. On the contrary, what Spain labels a ‘reasonable rate of return’ seemingly depends on governmental discretion. This is in plain contrast with the relative precision of the Original Regime –in force when the Claimants made their investment– which provided for objective and identifiable criteria for determining the remuneration due to CSP plants, which were expressly specified in the regulation and were dependent on the market”<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> *Antin*, párr. 568.

En lo referente a la indemnización, los tres laudos han seguido el mismo método de cuantificación establecido por el tribunal arbitral del caso *Eiser* para fijar la compensación conforme al valor presente de los flujos de caja futuros perdidos como consecuencia de las medidas controvertidas<sup>94</sup>. En su conjunto, los tres laudos arbitrales imponen a España una indemnización total de 139 millones de euros, más intereses y costas. Tras conocerse su resolución favorable al inversor, se produjo un “efecto llamada” y tres nuevos arbitrajes se registraron ante el foro arbitral del CIADI<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> *Novenergía II*, párr. 821. En este caso la pérdida total sufrida por el inversor por el daño causado por el incumplimiento del estándar establecido en el [artículo 10](#) del TCE, calculada al 15 de septiembre de 2016, ascendía a 61,3 millones de euros. Sin embargo, como el tribunal desestimó las reclamaciones en relación con la [Ley 15/2012 \(RCL 2012, 1761\)](#) por falta de jurisdicción, el daño correspondiente a dicha medida se dedujo del montante de la indemnización que ascendió a 53,3 millones de euros, más intereses; *Masdar*, párrs. 547-587 (64,5 millones de euros, aunque por mayoría); y *Antin*, párrs. 688-691 (112 millones de euros, en este caso). El valor de los flujos de efectivo futuros presentados por los demandantes era de 148 millones de euros, si bien el tribunal dedujo la cantidad de 36 millones de euros correspondiente a la diferencia entre la estimación de 35 a 40 años de servicio de las plantas, no respaldadas, y la vida útil de 25 años, que el tribunal consideró aceptable, lo que resulta en un saldo de 112 millones de euros).

<sup>95</sup> *Itochu Corporation c. España* (caso CIADI n.º ARB/18/25); *EBL (Genossenschaft Elktra Baselland) and Tubo Sol PE2 S.L. c. España* (caso CIADI n.º ARB/18/42); *European Solar Farms A/S c. España* (caso CIADI n.º ARB/18/45).

Para finalizar, es preciso recordar que en el sector del DI de las Inversiones no existe la “doctrina del precedente”<sup>96</sup>, pues cada asunto es resuelto de manera independiente por un nuevo tribunal arbitral, de acuerdo con unas circunstancias fácticas y argumentaciones jurídicas también diferentes en cada caso. No obstante, ello debe entenderse sin perjuicio de que los razonamientos

incorporados en los laudos dictados en los casos *Novenergía II*, *Masdar* y *Antin* serán, sin lugar a duda, utilizados repetidamente como argumento de ambiente en los arbitrajes todavía pendientes contra España.

<sup>96</sup> Algunos órganos arbitrales del CIADI han declarado que no se encuentran vinculados por las decisiones arbitrales anteriores, si bien, han expresado la conveniencia de tomarlas en consideración: ver *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI n.º ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párr. 119); y *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argenti* na (caso CIADI n.º ARB/03/23, Decisión sobre anulación de 5-2-2016, párr. 295).

## V . La [Sentencia del TJUE dictada en “Achmea” \(TJCE 2018, 66\)](#) y su repercusión para la operatividad del arbitraje del [artículo 26](#) del TCE ¿una vía de escape para España?

### 1 . Los principios de autonomía y primacía del Derecho de la Unión ¿excluyen una oferta válida de arbitraje conforme al [artículo 26](#) del TCE?

Tras la [sentencia dictada por el TJUE el 6 de marzo de 2018 \(TJCE 2018, 66\)](#) en el asunto *República Eslovaca c. Achmea B.V.* <sup>97</sup>, cabe preguntarse hasta qué punto la posición unánime mantenida por los órganos tribunales hasta ahora, descartando sistemáticamente las excepciones a la jurisdicción planteadas por España basadas en la supuesta incompatibilidad entre el arbitraje del [artículo 26](#) del TCE con los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE, puede variar si España (y/o la Comisión Europea en calidad de *amicus curiae*) invocan esta sentencia en los arbitrajes todavía pendientes <sup>98</sup>.

<sup>97</sup> [Sentencia del TJUE, de 6 de marzo de 2018 \(TJCE 2018, 66\)](#), *Achmea*, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158). Respecto a la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) puede verse, entre otros, Iruretagoyena Agirrezabalaga, I., “Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y autonomía del derecho de la UE: ¿una ecuación (im)posible?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 219-262; así como “La Sentencia del TJUE en el asunto [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) : el adiós del arbitraje de inversiones en los APPRI Intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 60, junio 2018, 1-23; Cimiotta, E., “The First Ever Interpretative Preliminary Ruling Concerning the Validity of an International Agreement Between EU Member States: The [Achmea Case \(TJCE 2018, 66\)](#)”, *European Papers*, n.º 3 (2018), pp. 337-334; Pinna, A., “The Incompatibility of intra-EU BITs with European Union Law, annotation following ECJ, 6 March 2018, Case 284/16, [Slovak Republic v. Achmea BV \(TJCE 2018, 66\)](#)”, *Cahiers de l’arbitrage*, n.1 (2018), pp. 73-95; y Wuschka S., “Investment Protection and the EU after [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#)”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, n.º 21(2018), pp. 25-46.

<sup>98</sup> La Comisión Europea intervino ante los tribunales del Estado de Nueva York en el procedimiento de ejecución del laudo del CIADI en el caso *Micula*, con el fin de impedir a Rumania el pago la indemnización fijada. En el procedimiento ante la *District Court of the Southern District of New York*, la Comisión presentó un escrito *amicus curiae* para frenar a toda costa la ejecución del laudo arbitral que, su juicio, constituiría ayuda de Estado contraria al artículo del [107 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), alegando que el laudo recurrido fue “jurisprudencialmente imprudente”, ya que ignoró el principio de cortesía internacional.

En su [Sentencia de 6 de marzo de 2018 \(TJCE 2018, 66\)](#) en el caso *Achmea*, el TJUE afirmó que el mecanismo de arbitraje inversor-Estado previsto en un tratado bilateral (“TBI”) “intra-UE” no es compatible con el ordenamiento jurídico de la UE, desde la perspectiva de los principios de autonomía y primacía previstos en los [artículos 267](#) y [344](#) del TFUE. Así, cuando los mecanismos para el arreglo de controversias entre Estados e inversores (“mecanismos ISDS”) se aplican dentro de la UE, tales mecanismos socavan el sistema jurisdiccional de solución de controversias previsto en los Tratados de la UE, y cuestionan la autonomía del Derecho de la UE y el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Por lo tanto, para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de la UE, los TBI “intra-UE” deben darse por terminados legalmente. En concreto, en su parte operativa el TJUE concluyó que:

“[L]os [artículos 267](#) TFUE y [344](#) TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, [...], conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro” (cláusula de arbitraje inversor-Estado) <sup>99</sup>.

<sup>99</sup> [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), párr. 62.

El TJUE reafirmó la centralidad para el ordenamiento jurídico de la UE del *diálogo judicial* entre el

TJUE y los tribunales de los Estados miembros, dejando implícito que dicho diálogo judicial no puede ser socavado por una cláusula sobre arbitraje entre un inversor nacional de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE. En concreto, en este caso el TJUE señaló que:

[La] posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión [...] puede poner en peligro, además del “*principio de confianza mutua*” entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados [de la UE], garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el [artículo 267](#) TFUE, por lo que [...] vulnera la *autonomía* del Derecho de la Unión”<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), párrs. 58-59. Como ha sostenido el TJUE en el caso [Bud#jovický Budvar \(TJCE 2009, 253\)](#), el principio de primacía del Derecho de la UE se aplica a las normas creadas por los Estados miembros en acuerdos celebrados entre ellos en el ámbito del Derecho internacional público. El TJUE sostuvo esta tesis, por ejemplo, en relación con los acuerdos en Derecho internacional público entre Austria y Checoslovaquia sobre productos agrícolas e industriales: [S]ince the bilateral instruments at issue now concern two Member States, their provisions cannot apply in the relations between those States if they are found to be contrary to the rules of the [EU Treaties]: [Sentencia del TJUE, de 8 de septiembre de 2009 \(TJCE 2009, 253\)](#), [Bud#jovický Budvar](#), C-478/07 (ECLI:UE:C:2009:521, párr. 98). Para un estudio del principio de primacía en el ámbito del DI de las Inversiones, véase Hindelang S., “The Autonomy of the European Legal Order – EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investments-Related Agreement”, en Bundenberg M, Hermann C. (eds): *Common Commercial Policy after Lisbon, Special Issue to the European Yearbook of International Economic Law*, vol. 4 (2013), Springer, Heidelberg, pp. 187-198.

Una de las interrogantes que surgen a raíz de la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) consiste en valorar si esta decisión afecta igualmente al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), en tanto en cuanto permite procedimientos arbitrales entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro de la UE. En este sentido, huelga insistir en la relevancia que este hecho tiene para los intereses de España, en la medida en que dibuja un horizonte nuevo en el marco de las disputas en materia de energías renovables, donde ya acumula varios laudos condenatorios y apunta una tendencia poco esperanzadora. Como señala I. Iruretagoyena Agirrezabalaga “[e]ste nuevo escenario abierto por [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) le permitirá impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales creados sobre la base del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), solicitar la anulación de los laudos pronunciados y oponerse al reconocimiento y la ejecución de los laudos, al menos, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. No obstante, la incertidumbre sobre la forma en el que van a reaccionar los tribunales del CIADI y las limitaciones que tienen los Estados para oponerse a los laudos dictados por estos, especialmente, cuando su ejecución sea solicitada en un Estado no miembro de la UE, todavía, constituyen aspectos importantes que impiden hacer una valoración atinada de los efectos que tendrá la decisión del TJUE en los procedimientos que enfrenta España en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#)”<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> “La [Sentencia del TJUE en el asunto Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#): el adiós del arbitraje de inversiones en los APPRI Intra-UE...”, *op.cit.*, p. 11.

Desde la perspectiva de España, el razonamiento del TJUE en la [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) se aplicaría plenamente al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y a la situación particular en el caso *Novenergía II*. En efecto, las implicaciones de la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) podría servir a España para prolongar la litigación en fase de ejecución de estos laudos y, en el caso de los arbitrajes de inversión administrados al margen del CIADI (*Novenergía II*), impedirlos. La estrategia de defensa de nuestro país en el caso *Novenergía II* sostiene que los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE se aplicarían en relación con el [artículo 26](#) del TCE, que, como *implícitamente* señaló el TJUE en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), no se puede aplicar para las disputas entre inversores europeos y Estados miembros. Y ello porque dicha oferta arbitral estaría excluida en virtud de los [artículos 267](#) y [344](#) del TFUE.

## 2. La anulación del laudo arbitral en el caso “Novenergía II”

Como en la UE los laudos arbitrales pueden ser recurridos ante tribunales ordinarios (en el caso del CIADI, sólo se puede solicitar su anulación ante un Comité *ad hoc*), España ha logrado que un tribunal sueco anulara el laudo en favor de *Novenergía II*. A juicio de España, la decisión del TJUE en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) tendría efecto retroactivo a la fundación de la hoy UE. Por lo tanto, desde la misma conclusión del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), ningún Estado miembro podría haber hecho una oferta válida para arbitrar disputas con nacionales de otros Estados miembros de la UE.

En primer lugar, el [artículo 26](#) del TCE vulnera los principios fundacionales de primacía y autonomía del Derecho de la UE, ya que elude el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el [artículo 267](#) del TFUE y con ello obstaculiza el monopolio del TJUE para conocer las disputas que afectan a la interpretación del Derecho de la UE. Esta circunstancia implica que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) sea inoperante *ab initio* para tales disputas dentro de la UE. Considerando la superior jerarquía de los principios de autonomía y primacía, España nunca hizo una oferta jurídicamente válida para arbitrar conforme al [artículo 26](#) del TCE a un inversor de otro Estado miembro de la UE, como *Novenergía*<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> “Expert Declaration of Steffen Hindelang in Support of Respondent the Kingdom of Spain’s Motion to Dismiss and to Deny Confirmation of Foreign Arbitral Award, *Novenergía II – Energy & Environment (SCA)*”, *Petitioner, v. the Kingdom of Spain, Respondent*, Civil Action No. 1:18-cv-1148, párrs. 34-35.

En segundo lugar, un tribunal arbitral constituido en virtud del [artículo 26](#) del TCE debe aplicar el párrafo 6 de dicha disposición que establece que “[el] tribunal establecido conforme al párrafo (4) decidirá los asuntos en disputa de conformidad con este Tratado y las normas aplicables y principios del derecho internacional”. En este caso, las “normas y principios aplicables del derecho internacional” entre los Estados miembros de la UE incluyen los Tratados de la UE y, específicamente, los principios constitucionales de primacía y autonomía del Derecho de la UE. Por lo tanto, un tribunal constituido conforme al [artículo 26](#) del TCE estaría obligado a aplicar y respetar debidamente las normas del Derecho de la UE que limitan o entran en conflicto con su propia jurisdicción.

Como señaló el TJUE en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), es posible que un tribunal arbitral del [artículo 26](#) del TCE pueda verse obligado, “a interpretar o incluso aplicar el Derecho de la UE, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales”<sup>103</sup>. En ese sentido, el TJUE subrayó que, para violar el Derecho de la UE, no es necesario que un tribunal arbitral aplique e interprete el Derecho de la UE, sino que basta con que dicho tribunal “pueda” hacerlo. Por ejemplo, en un arbitraje en el que el inversor europeo alega que el Estado demandado ha incumplido la obligación de otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo del [artículo 10.1](#) del TCE, así como sus legítimas expectativas, es posible que esas expectativas deban evaluarse por referencia al Derecho de la UE<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), párr. 42. Cuando un Estado miembro adopta una medida que deroga una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, actúa dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, aplicándose también los derechos fundamentales garantizados por la [Carta \(LCEur 2007, 2329\)](#): [Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017 \(PROV 2017, 150339\)](#), *Online Games Handels*, C-685/15 (EU:C:2017:452, párrs. 55-57).

<sup>104</sup> Cuando los inversores de los Estados miembros ejercen una de las libertades fundamentales, como la libre circulación de capitales, actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por lo tanto, gozan de la protección otorgada por esas libertades y, según sea el caso, por el Derecho derivado pertinente, por la [Carta de los Derechos Fundamentales de la UE \(LCEur 2007, 2329\)](#) y por los principios generales del Derecho de la Unión, que incluyen en particular la no discriminación, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la protección de las expectativas legítimas: [Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 \(TJCE 2014, 163\)](#), *Pfleger*, C-390/12, (EU:C:2014:281, párrs. 30-37).

Además, al igual que el tribunal arbitral constituido conforme al artículo 8 del TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia, un tribunal formado de acuerdo con el [artículo 26](#) del TCE no es un “tribunal de un Estado miembro”, por lo que no puede plantear una cuestión prejudicial al TJUE, lo que privaría al TJUE de su autoridad exclusiva sobre la interpretación última del Derecho de la Unión. Este fallo pone en riesgo la interpretación uniforme del Derecho de la UE, pues transgrede la piedra angular del sistema jurisdiccional de la UE como es la vía prejudicial del [artículo 267](#) del TFUE<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), párr. 37. Véase el [Dictamen 2/13 \(Adhesión de la Unión al CEDH\)](#), de 18 de diciembre de 2014 ([TJCE 2014, 368](#)) (EU:C:2014:2454, apartado 176 y jurisprudencia citada).

Finalmente, [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) deja claro que la revisión de un laudo arbitral por un tribunal nacional de un Estado miembro de la UE mediante un procedimiento separado no resuelve el problema. Los tribunales arbitrales no pueden garantizar la primacía del Derecho de la UE y la autonomía de este ordenamiento jurídico, como exigen los [artículos 267](#) y [344](#) del TFUE, porque dicha revisión tiene un alcance limitado según las leyes nacionales, incluso si la sede del arbitraje es un país miembro de la UE, como fue el caso en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) y es el caso en *Novenergía*

// <sup>106</sup>. Al igual que sucedió en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) con el TBI entre Países Bajos y Eslovaquia, en el caso de las reclamaciones basadas en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#),

<sup>106</sup> “Expert Declaration of Steffen Hindelang in Support of Respondent the Kingdom of Spain’s ...”, *op. cit.*, párr. 42.

“[...] Los Estados miembros parte de éste [el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#)] han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro [artículo 26] que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho”<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), párr. 56. “Expert Declaration of Steffen Hindelang...”, *op. cit.*, párr. 43.

En consecuencia, un tribunal arbitral establecido sobre la base del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), como el de *Novenergia II*, debe rechazar su jurisdicción para resolver una disputa de inversión dentro de la UE, pues viola principios fundamentales del Derecho de la UE<sup>108</sup>. Y ello a pesar de que el tribunal en *Novenergia II* emitió su laudo el 15 de febrero de 2018, antes de que el TJUE dictara su fallo en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), el 6 de marzo de 2018. Esto se debe, a juicio de España, a que nunca hubo una oferta válida para arbitrar de un Estado miembro de la UE a un inversor de otro Estado miembro de la UE<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> En consonancia con la posición tradicional de la Comisión Europea, manifestada en sus escritos *amicus curiae*, y reafirmada después de la [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#): Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Protección de las inversiones dentro de la UE”, COM (2018) 547 final (19 de Julio de 2018).

<sup>109</sup> En particular, el tribunal carecía de jurisdicción porque el [artículo 26](#) del TCE no se aplica entre España y otros Estados miembros de la UE y, por lo tanto, no contiene una oferta válida de España para arbitrar disputas con inversores de Estados miembros de la UE, como *Novenergia*. Como resultado, no hubo un acuerdo de arbitraje válido que permitiera al tribunal arbitral conocer de la disputa: *Application and Request for Suspension of the Kingdom of Spain*, May 14, 2018, § 8.2

En el caso de que este tribunal local planteara una cuestión prejudicial al TJUE, teniendo en cuenta la invocación del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), que forma parte del Derecho de la Unión, cabría que el TJUE pudiera dejar sin efecto el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) en las relaciones “intra-UE”, posibilidad a la que se acoge España. Eslovaquia procedió de esa manera ante los tribunales alemanes con el laudo *Achmea*.

### 3. La posición de la Comisión Europea: la extensión del precedente “[Achmea](#)” (TJCE 2018, 66) a los arbitrajes del [artículo 26](#)

Siguiendo el mismo razonamiento que el TJUE en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), la Comisión continúa su incansable batalla para poner fin al arbitraje entre inversores de la UE y los Estados miembros de la UE. En consonancia con lo manifestado en los escritos *amicus curiae* en apoyo de España, la Comisión Europea es favorable a ampliar las consecuencias de la [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) a los arbitrajes de inversión en virtud del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). En su reciente Comunicación sobre “Protección de las inversiones dentro de la UE”, adoptada el 19 de julio de 2018, la Comisión considera que, independientemente de si se invocan APPRIIs concluidos entre Estados miembros o el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), ambos arbitrajes son incompatibles con el ordenamiento de la UE, que reserva para los tribunales nacionales y, en última instancia, al TJUE la competencia exclusiva para interpretar el mercado interior de la electricidad. Sobre las relaciones entre el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y el Derecho de la UE, la Comisión declaró enfáticamente que:

“[las] cláusulas arbitrales entre inversionistas y Estados en los tratados de inversión bilaterales de la UE no son compatibles con el Derecho de la Unión y no tienen efectos jurídicos. La [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) también es pertinente para la aplicación del Tratado sobre la Carta de Energía entre Estados de la UE. [...] [E]ste Tratado no puede utilizarse como base para la resolución de litigios entre los inversores de la UE y los Estados miembros de la UE. El Derecho de la UE ya ofrece un marco jurídico general y eficaz, que incluye vías de recurso, a los inversores de la UE cuando invierten en otro Estado miembro”<sup>110</sup>.

<sup>110</sup> “Capital Markets Union: Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments”, Brussels, 19 July 2018, COM (2018) Final. Cursivas añadidas.

Por lo tanto, para la Comisión cabría aplicar el precedente judicial en el [caso Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) a los arbitrajes con base en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), al menos en lo que respecta a los arbitrajes dentro de la UE, pues cualquier cláusula de arbitraje inversor-Estado es susceptible de socavar el sistema jurisdiccional de solución de controversias del [artículo 344](#) del TFUE.

Por lo demás, esta posición de la Comisión es conforme con su previa Decisión C(2017) 7384<sup>111</sup>, que avala la compatibilidad de los recortes en el régimen retributivo en el sector de las energías renovables tras las reformas de los años 2013-2014 y, a la vez, advierte a España que el pago de las compensaciones fijadas en los laudos podría calificarse como ayuda estatal prohibida. Esta Decisión afirma que “*cualquier compensación*” derivada del esquema anterior al recorte a los incentivos para la generación de energías renovables reconocida por un laudo arbitral es una ayuda de Estado y, por tanto, debe ser suspendida y notificada a la Comisión<sup>112</sup>. Esta posición implica que la indemnización otorgada por el tribunal arbitral para compensar a *Novenergia* por sus pérdidas (53,3 millones de euros, más intereses) no debe ser satisfecha por España sin que medie la previa autorización de la Comisión<sup>113</sup>. El pago de la indemnización se calificaría como ayuda de Estado<sup>114</sup> y, por tanto, está sujeto al [artículo 108.3](#) del TFUE, que dispone que un Estado miembro no puede poner en práctica ninguna medida que constituya una ayuda estatal, a menos y hasta que sea autorizada por la Comisión Europea. Y es que, como recuerda la Comisión: “[...] this Decision is part of Union law, and as such also binding on Arbitration Tribunals, where they apply Union law. The exclusive forum for challenging its validity are the European Courts<sup>115</sup>”.

<sup>111</sup> Véase la Decisión 7384, de 10 de noviembre de 2017, sobre ayudas estatales SA.40348 (2015/ NN) – *España: Apoyo para la generación de electricidad a partir de las fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos*, C (2017) 7384 final, párr. 165.

<sup>112</sup> En efecto, la Comisión recordó que: “[...] any compensation which an Arbitration Tribunal were to grant to an investor on the basis that Spain has modified the *premium* economic scheme by the notified scheme would constitute in and of itself State aid. However, the Arbitration Tribunals are not competent to authorise the granting of State aid. That is an exclusive competence of the Commission. If they award compensation, such as in *Eiser v Spain*, or were to do so in the future, this compensation would be notifiable State aid pursuant to [Article 108\(3\)](#) TFEU and be subject to the standstill obligation”: C (2017) 7384 final, párr. 165. Cursiva añadida.

<sup>113</sup> La Decisión 7384 es coherente con una decisión anterior de la Comisión Europea que determinó que el pago por parte de Rumania de la compensación fijada en el laudo arbitral emitido por un tribunal en el caso *Micula*, formado en virtud de un tratado de inversión entre Estados miembros, constituía una ayuda estatal ilegal: Véase la Decisión 2015/1470 de la CE, de 30 de marzo de 2015, sobre la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014 / NN) ejecutada por Rumania - laudo arbitral *Micula v. Rumania* de 11 de diciembre de 2013, DO L 232 de 43.

<sup>114</sup> El laudo, aunque emitido por el tribunal, es imputable a España, ya que tendría que ser financiado con sus recursos estatales: Decisión 7384, párrs. 117 y ss.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 166.

Por lo tanto, a juicio de España, el tribunal arbitral no tendría jurisdicción para dictar el laudo, en la medida que el pago de la compensación a *Novenergia II* también violaría el régimen europeo sobre ayudas de Estado<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> En efecto, España alegó que el laudo debe ser declarado nulo conforme a la Sección 33 (1) de la SAA (ley de arbitraje sueca) porque es contrario al orden jurídico en Suecia, en la medida en que otorgó una indemnización que se califica como ayuda estatal no autorizada, cuya facultad es competencia exclusiva de la Comisión Europea. Del mismo modo, el laudo afecta a materias que forman parte del Derecho de la UE y se abordan cuestiones que son competencia exclusiva de la Comisión Europea y del TJUE. Como resultado, el laudo pretende resolver cuestiones que no son arbitrables bajo la ley sueca: *Application and Request for Suspension of the Kingdom of Spain*, May 14, 2018, § 9.2.

#### 4. La Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019: más incertidumbre sobre la cuestión

El 15 de enero de 2019 una mayoría de Estados miembros de la UE se ha sumado a la posición de la Comisión favorable a extender las consecuencias jurídicas de la [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) a los arbitrajes en virtud del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), a través de la “*Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea (TJCE 2018, 66)*”<sup>117</sup>, compromiso que han suscrito veintidós de los veintiocho

Gobiernos de los Estados miembros de la UE. La Declaración considera “inaplicables” y “sin efecto” los mecanismos de arbitraje entre Estados miembros e inversores europeos previstos en tratados bilaterales de inversión “intra-UE” o, para litigios entre Estados de la UE, al arbitraje previsto “en el [Tratado sobre la Carta de la Energía \(RCL 1995, 1457\)](#)”. Aunque se trata de una Declaración de naturaleza política, el acuerdo deja a las claras que los Estados signatarios se comprometen a tomar las medidas necesarias para dar por terminados sus tratados bilaterales de inversión<sup>118</sup>, y a utilizar su influencia como Estados receptores de inversiones y Estados demandados para notificar a los tribunales la no arbitrabilidad de las disputas con base en los tratados bilaterales entre países de la UE y de las reclamaciones fundadas en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), así como para solicitar la no aplicación de estos laudos dentro de la UE.

<sup>117</sup> *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea (TJCE 2018, 66) and on Investment Protection in the European Union, 15 January 2019*. La Declaración, que los veintidós han venido negociando discretamente en los últimos meses, tuvo su origen en las Conclusiones del Ecofin de Julio de 2017, en el que los Estados miembros y la Comisión Europea se comprometieron, sin demora, “a intensificar los debates para garantizar la protección total, sólida y efectiva de las inversiones intracomunitarias”: *Council Conclusions on the Communication of the Commission on the mid-term review of the Capital Markets Union Action Plan*: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-mid-term-review-capital-markets-union-action-plan/>. (consultada el 19-1-2019)

<sup>118</sup> Los Estados miembros han adoptado como fecha límite para llevar a cabo la terminación de dichos tratados el 6 de diciembre de 2019.

Esta Declaración no solo afecta a los tratados bilaterales de inversión “intra-UE”, declarados inaplicables en la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), sino también al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). Aunque es cierto que hasta ahora ninguna sentencia del TJUE ha declarado la nulidad del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#)<sup>119</sup>, los Representantes de los veintidós gobiernos de los Estados miembros argumentan que “los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluido el [Tratado sobre la Carta de la Energía \(RCL 1995, 1457\)](#), son parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE y, por lo tanto, deben ser compatibles con los Tratados. Los tribunales arbitrales han interpretado que el [Tratado sobre la Carta de la Energía \(RCL 1995, 1457\)](#) también contiene una cláusula de arbitraje entre inversores y Estados [el artículo 26(3)] que se aplica entre los Estados miembros”. Interpretada de esta manera, “la cláusula sería incompatible con los Tratados y, por lo tanto, tendría que ser desestimada”<sup>120</sup>. Cabe destacar que la Declaración pretende expresamente avisar a la “comunidad de inversores” de que “no se deben iniciar nuevos procedimientos de arbitraje de inversión dentro de la UE”.

<sup>119</sup> El Tribunal de Apelación de Svea está revisando actualmente un laudo favorable *Novenergía*, con sede en Luxemburgo, contra España (Caso No. 4658-18 Tribunal de Apelación de Svea, *Novenergía II – Energía y Medio Ambiente (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo)*, *SICAR c. España*, Arbitraje CCE (2015/06). En este contexto, el Tribunal de Apelación podría optar por solicitar más orientación al TJUE con respecto a la aplicación del precedente de [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#).

<sup>120</sup> *Declaration ...*, p. 2. Este razonamiento se basa en la interpretación sistémica del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) de acuerdo con los Tratados europeos, lo que excluye el arbitraje entre inversores y Estados miembros dentro de la UE, enfoque recogido en la [Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2018 \(TJCE 2018, 39\)](#), *Western Sahara Campaign UK c. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-266/16 (EU:C:2018:118, párrs. 42 a 51). Por lo tanto, las disposiciones del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos (primacía y autonomía): véanse, asimismo, la [Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2008 \(TJCE 2008, 193\)](#), *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C402/05 P y C415/05 P (EU:C:2008:461, párr. 285), y el [dictamen 1/15 \(Acuerdo PNR UE-Canadá\), de 26 de julio de 2017 \(TJCE 2017, 193\)](#) (EU:C:2017:592, párr. 67)].

La Declaración refuerza la posición de España, que no tendría que hacer frente a la responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones en virtud del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) declarada en los laudos favorables a los inversores con sede en países miembros de la UE, no así del resto de inversores extranjeros de terceros Estados. Y es que el punto 7 del documento establece la “nulidad” de todos los arbitrajes de inversión que no se hubieran “resuelto” antes de la publicación de la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#), por lo que solo deja a salvo a los inversores que hubieran obtenido sus indemnizaciones antes de [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#). Así, en términos concretos, la Declaración considera que:

“Settlements and arbitral awards in intra-EU investment arbitration cases that can no longer be annulled or set aside and were voluntarily complied with or definitively enforced before the [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) judgment should not be challenged. Member States will discuss, in the context of the plurilateral Treaty or in the context of bilateral terminations, practical arrangements, in conformity with Union law, for such arbitral awards and settlements. This is without prejudice to the *lack of jurisdiction of arbitral tribunals in pending intra-EU cases*”<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Declaration ..., Point 7, p. 4. Cursiva añadida.

Como reflejo de las divergencias entre los Estados miembros, dos declaraciones adicionales (una de Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia y Suecia y otra de Hungría) han matizado la Declaración principal en varios aspectos, en especial con respecto a la aplicación del precedente en [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). En efecto, para este grupo de Estados miembros, la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) guarda silencio sobre la cláusula de arbitraje inversor-Estado prevista en el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#). Incluso, tras esta relevante sentencia, varios tribunales arbitrales han concluido que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) contiene una cláusula de arbitraje inversor-Estado aplicable entre los Estados miembros de la UE<sup>122</sup>. Además, esta interpretación está siendo revisada actualmente en un procedimiento de anulación ante un tribunal nacional de un Estado miembro<sup>123</sup>. En función de este trasfondo, este grupo de países de la UE subraya “the importance of allowing for due process and consider that it would be inappropriate, *in the absence of a specific judgement on this matter*, to express views as regards the *compatibility with Union law of the intra EU application of the Energy Charter Treaty*”<sup>124</sup>. Por su parte, Hungría declaró que el alcance de la [Sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) se limita a los “TBI” entre Estados miembros de la UE, pues dicha sentencia no se pronuncia expresamente sobre la cláusula de arbitraje inversor-Estado del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#), ni tampoco se refiere a ningún procedimiento de arbitraje pendiente o futuro iniciado bajo el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#)<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> *Masdar ; Eiser ; Antin ; Vattenfall AB; Vattenfall GMBH ; Vattenfall Europé Nuclear Energy GMBH ; Kernkraftwerk Krümmel GMBH & Co. oHG ; Kernkraftwerk Brunbüttel GMBH & Co. Ohg vs the Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, *Antaris Solar GmbH and Michael Gode vs Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, *Athena Investmetns A/S vs the Kingdom of Spain*, SCC Case No. 150/2015.

<sup>123</sup> Procedimientos de anulación ante el Tribunal de Apelación de Svea (Suecia): Caso No 4658-18, *Novenergia II-Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR vs the Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/06).

<sup>124</sup> *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January, of the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in Achmea (TJCE 2018, 66) and on Investment Protection in the European Union (Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia, Sweden)*, p. 3. Cursivas añadidas.

<sup>125</sup> Por ello, la aplicabilidad actual y futura del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) en las relaciones “intra-UE” requiere nuevos debates y acuerdos individuales entre los Estados miembros : *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January, of the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in Achmea (TJCE 2018, 66) and on Investment Protection in the European Union (Hungary)*, punto 9.

La Declaración principal, suscrita por veintidós Gobiernos, ha sido muy bien acogida por la Comisión Europea<sup>126</sup>. Para esta Institución la declaración es un compromiso que proporciona claridad jurídica adicional para los inversores y los tribunales arbitrales, ya que “los tribunales nacionales están obligados a anular cualquier laudo arbitral emitido sobre la base del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) y a renunciar a aplicarlo”, mientras que los Estados miembros que sean parte en litigios pendientes (España) “deben extraer las consecuencias necesarias” de [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#). En la práctica, en el caso de España esto supondría la anulación de los laudos condenatorios emitidos por los tribunales arbitrales por el recorte de la retribución a las energías renovables.

<sup>126</sup> En un Comunicado de prensa la Comisión acoge con satisfacción que los compromisos asumidos por los Estados miembros “proporcionan claridad legal adicional para los inversores y los tribunales arbitrales y tienen como objetivo evitar nuevos laudos arbitrales y procedimientos de arbitraje incompatibles con el Derecho de la UE”. Esto garantizará que todos los inversores de la UE reciban un trato igualitario y en pleno cumplimiento del Derecho de la UE, respetando el mercado interior: Bruselas, 17 de enero de 2019.

Además, los Estados miembros se comprometen a emprender acciones para garantizar que el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) no pueda utilizarse como base para el arbitraje entre inversores radicados en la UE y los Estados miembros de la UE, lo que supone un espaldarazo a los intereses



de España. En relación con el [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , la Declaración principal afirma que:

“Beyond actions concerning the Energy Charter Treaty based on this declaration, Member States together with the Commission will discuss without undue delay whether any additional steps are necessary to draw all the consequences from the [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) judgment in relation to the intra-EU application of the Energy Charter Treaty”<sup>127</sup> .

<sup>127</sup> En particular, aun cuando los Estados miembros dieran por terminados todos los TBI “intra-UE”, no es concebible la terminación del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) pues sería contraria a los propios intereses (energéticos) de la UE. Del mismo modo, es improbable una enmienda al tratado en virtud de la cual la UE retire su consentimiento al arbitraje del [artículo 26](#) del TCE, pues sería necesario un consenso de todos los signatarios: véase Steir, A., “The jurisdiction of the arbitral tribunal in intra-EU investment treaty disputes after the decision in *Electrabel v. Hungary*”, *Arbitration International* , n.º 31 (2015),163-170, p. 170.

En cualquier caso, esta Declaración recuerda que la [sentencia Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) solamente afecta a las reclamaciones de inversores radicados en otros Estados miembros de la UE y no a las de inversores de terceros Estados, que sí pueden reclamar ante distintas instancias arbitrales. De los arbitrajes contra España por los recortes a las renovables, el grueso (una treintena) se administran ante el CIADI y no llegan a la decena los registrados ante la CCE. Y aunque una cuestión es la Declaración política de los Representantes de los Gobiernos, jurídicamente débil, y otra lo que hagan los tribunales arbitrales, el respaldo de la UE favorece las pretensiones de España, incluso ante el CIADI, pues a buen seguro será invocada como argumento de ambiente ante los tribunales de este foro arbitral.

## VI . Conclusiones

Las reformas drásticas introducidas en los últimos años por las autoridades españolas en el marco regulatorio en el sector de las energías renovables, ha generado una gran litigiosidad internacional a través de un número muy significativo de arbitrajes contra España que se han puesto en marcha por inversores extranjeros ante diversos foros arbitrales. El recurso generalizado al arbitraje internacional por parte de los inversores extranjeros tiene como finalidad valorar la conformidad de dichas medidas regulatorias con las obligaciones internacionales asumidas por España en virtud del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) .

Hasta el momento, el análisis de la jurisprudencia arbitral existente pone de relieve que las cuestiones que suscitan más interés residen en los diferentes efectos de las distintas medidas regulatorias controvertidas y, sobre todo, en el umbral requerido para considerar violada la obligación de otorgar un trato justo y equitativo del [artículo 10.1](#) del TCE que, como hemos visto en *Eiser* , requiere a los inversores demostrar que han sido privados “esencialmente de todo el valor de su inversión”. Sin embargo, en perjuicio de los intereses de España, ese umbral ha sido matizado en los últimos laudos dictados en los casos *Novenergía II* , *Masdar* y *Antin* , que permiten constatar cómo el estándar elegido para dilucidar la aplicación del trato justo y equitativo en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) se centra no tanto en el impacto económico sufrido por el inversor extranjero, sino en la inestabilidad del marco regulatorio español y su incidencia en las legítimas expectativas del inversor extranjero. Asimismo, en el plano procesal, los órganos arbitrales han rechazado de manera sistemática una interpretación limitativa del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) que excluye del arbitraje las disputas entre inversores radicados en la UE y Estados miembros.

Por tanto, aunque no cabe hablar de un precedente jurídico, los últimos laudos resueltos a favor de los inversores extranjeros sí constituyen un precedente fáctico. Los próximos episodios de la saga de arbitrajes de inversión contra España sobre las energías renovables ofrecen una excelente oportunidad para analizar cómo evoluciona el estándar aplicable a la obligación de otorgar un trato justo y equitativo en el marco del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , en relación con las legítimas expectativas de los inversores extranjeros.

Ahora bien, mientras esta saga de arbitrajes continúa, habrá que poner atención en Luxemburgo, donde el TJUE parece decidido a defender la autonomía y primacía del Derecho de la UE, en detrimento de las disposiciones del [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) . La eventual aplicación del precedente judicial en el caso [Achmea \(TJCE 2018, 66\)](#) al arbitraje de inversión conforme al [TCE \(RCL 1995, 1457\)](#) , así como la insistencia de la Comisión en la primacía del ordenamiento jurídico de la UE y su

---

interferencia en los procedimientos arbitrales en sus distintas etapas, deja abierta una vía de escape para España, que podría impedir la ejecución de los laudos condenatorios, al menos los dictados extramuros del CIADI.

---

## Análisis

---

### Documentos Comentados

---

 ( Disposición Vigente ) **Tratado de 17 de diciembre 1994.** [RCL 1995\1457](#)



**TJUE (Gran Sala).** Slowakische Republik Achmea BV, sentencia de 6 marzo 2018. [TJCE\2018\66](#).

### Voces

---

ACTIVIDADES ECONÓMICAS

INDUSTRIA Y ENERGÍA

LEYES

LICENCIA ADMINISTRATIVA

MERCADO INTERIOR

POLÍTICA ECONÓMICA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS