



Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global

José Damián Iranzo Cerezo

*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

El conflicto normativo que en este trabajo se aborda representa un claro exponente de la imposibilidad de cumplir de forma simultánea dos normas que arrastran a resultados antagónicos. De una parte, el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea en tanto que opuesto al otorgamiento de ventajas económicas selectivas e imputables a los Estados miembros, al ser incompatibles con el mercado interior. De otra, la obligación de ejecutar los laudos producto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales y, en particular, en el Tratado de la Carta de la Energía. Se trata de una cuestión de la mayor actualidad y relevancia económica para España, al seguirse sucediendo laudos condenatorios multimillonarios por la supresión de incentivos a las energías renovables en el marco de una batalla judicial y arbitral que aún se libra y que presenta multitud de frentes abiertos a lo largo de todo el planeta. La exposición parte de la desigual forma en la que se han protegido las legítimas expectativas de los inversores ante los órganos judiciales nacionales y los arbitrales, discurre por el decisivo precedente que el asunto Micula puede representar y culmina concluyendo en la improcedencia de que tales laudos sean satisfechos por España en los casos en que el inversor sea nacional de un Estado miembro, atendiendo a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea.

Palabras clave: legítima expectativa; riesgo regulatorio; ayuda de Estado; arbitraje de inversión; derecho de la Unión Europea; derecho internacional; reconocimiento y ejecución de laudos.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Iranzo Cerezo, J. D. (2020). Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global. *Revista CEFLegal*, 239, 87-122.



Incentives and cuts to renewable energy: moving through a global regulatory conflict

José Damián Iranzo Cerezo

Abstract

The normative conflict addressed in this paper is a clear example of the impossibility of simultaneously complying with two standards that lead to antagonistic results. On the one hand, the European Union's State aid regime as opposed to the granting of selective economic advantages attributable to the member states because they are incompatible with the internal market. On the other hand, the obligation to enforce awards resulting from dispute settlement mechanisms provided for in international agreements and, in particular, the Energy Charter Treaty. This is a highly topical and economically significant issue for Spain, as multi-million dollar awards for the suppression of incentives for renewable energies continue to be handed down in a judicial and arbitration battle which is still being fought and which has many fronts open throughout the planet. The article starts from the unequal way in which investors' legitimate expectations have been protected before national courts and arbitrators, goes through the decisive precedent that the Micula case may represent and ends by concluding that it is not appropriate for such awards to be satisfied by Spain in cases where the investor is a national of a member state, in accordance with the decision of the European Court of Justice in the Achmea case.

Keywords: legitimate expectations; regulatory risk; state aid; investment arbitration; European Union law; international law; recognition and enforcement of awards.

Citation: Iranzo Cerezo, J. D. (2020). Incentivos y recortes a las energías renovables: transitando por un conflicto normativo global. *Revista CEFLegal*, 239, 87-122.



Sumario

1. Introducción
2. Auge y ocaso de los incentivos a las energías renovables
 - 2.1. Objetivo y contexto del marco regulatorio y su reforma
 - 2.2. La supresión de incentivos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional
 - 2.3. Renovables y arbitraje de inversiones
 - 2.4. La ejecución de los laudos. Una persecución global
 - 2.5. Ayudas de Estado. La posible vía para la evasión
 - 2.6. Las legítimas expectativas de los inversores
3. El precedente Micula
 - 3.1. Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del este
 - 3.2. La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje
 - 3.3. La ejecución del laudo Micula. Una batalla con multitud de frentes
 - 3.4. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía
 - 3.5. El Tribunal General no despeja la incógnita pero aún pende la casación
4. El conflicto entre el derecho de la Unión Europea y el arbitraje de inversiones
 - 4.1. Derecho de la Unión y derecho internacional
 - 4.2. La competencia en materia de inversión extranjera directa
 - 4.3. Compatibilidad con el derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los tratados suscritos por la Unión
 - 4.4. El asunto Achmea. El final de los TBI intra-UE
 - 4.5. La proyección de la doctrina Achmea al TCE
5. Ejecución de laudos y ayudas de estado
 - 5.1. Del convenio CIADI a la Convención de Nueva York
 - 5.2. El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos
 - 5.3. Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



1. Introducción

El Estado de Georgia aprobó en 1830 una ley que obligaba a los blancos a contar con una licencia para vivir en tierras indias. Samuel Austin Worcester, misionero en el territorio de los cheroquis, contravino aquella norma y resultó encarcelado. Consiguió no obstante llevar el asunto al Tribunal Supremo, postulando que tal exigencia era inconstitucional porque implicaba desconocer la soberanía de la nación cheroqui para administrar su propio territorio. En el fallo del asunto Worcester v. Georgia (1832), el Tribunal Supremo estadounidense dictaminó que la nación cheroqui constituía una comunidad política distinta e independiente, con su propio territorio y conservando sus derechos naturales originales. Las leyes de Georgia no tenían fuerza alguna en el territorio indio y la relación se articulaba exclusivamente con el Gobierno de la Unión en el marco de la Constitución, los tratados y las leyes de los Estados Unidos.

Al conocer la decisión, el presidente norteamericano Andrew Jackson, quien dos años antes había promovido la aprobación de la Indian Removal Act (o del traslado forzoso de los indios), mostró su indignación con el presidente del Tribunal y su fallo en estos términos: «John Marshall has made his decision; now let him enforce it!». Con ello anticipaba su escaso interés en la ejecución de la sentencia y una nula disposición a hacerla efectiva.

Traer a colación el asunto Worcester v. Georgia resulta de interés en un doble sentido. De un lado, por cuanto tiene de enseñanza sobre cómo enfrentar los problemas que genera la interacción de comunidades diferenciadas, entre las que hasta ese momento ninguna relación se había precisado disciplinar, y que aparecen dotadas de sus respectivos sistemas jurídicos (es el caso del arbitraje de inversión y cómo se comporta hacia el derecho de la Unión Europea y el de los Estados miembros). De otro, porque muestra que sentencias y laudos no serían más que pedazos de papel si no existe una voluntad de que sean reconocidos y aplicados o se dispone de mecanismos para garantizar su efectividad.

El conflicto normativo que en este trabajo se aborda representa un claro exponente de la imposibilidad de cumplir de forma simultánea dos normas que arrastran a resultados ra-

dicalmente opuestos. Se está aludiendo con ello al régimen comunitario de las ayudas de Estado y a la ejecución de laudos fruto de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en acuerdos internacionales. Es una cuestión de la mayor actualidad y relevancia económica para España en tanto que se siguen sucediendo laudos condenatorios multimillonarios por la supresión de incentivos a las energías renovables, dentro de una batalla judicial que aún se libra y con multitud de frentes abiertos por todo el planeta. Constituye en definitiva un debate jurídico apasionante, al integrar conceptos de la más variada naturaleza y tratar de componer las relaciones entre mundos jurídicos diversos.

2. Auge y ocaso de los incentivos a las energías renovables

2.1. Objetivo y contexto del marco regulatorio y su reforma

La constatación de un notorio incremento del consumo de energía y de la intensidad energética llevó a incluir al Ejecutivo del momento, dentro del Plan de Energías Renovables en España para el período 2005-2010, una serie de incentivos con el objetivo de mantener el compromiso de cubrir con fuentes renovables al menos el 12 % del consumo total. Para ello –y en esencia– se posibilitaba que el titular de la instalación de energía renovable, co-generación o residuos pudiese vender la energía producida a una tarifa regulada o directamente en el mercado, percibiendo no solo el precio negociado en el mercado, sino también una prima que otorgase una «rentabilidad razonable» que se situaba en torno al 7 %¹.

La grave crisis económica y financiera, el desmesurado crecimiento del número de instalaciones de tecnología solar fotovoltaica y el cada vez más acuciante déficit tarifario del sistema eléctrico abocaron, ya a partir del año 2010, a una serie de modificaciones legislativas tendentes a la disminución de la rentabilidad en cuestión². Se trataba así de neutralizar el «efecto llamada» provocado por unas expectativas de rendimientos que, lejos de atender a una causa primordialmente ecológica, acabó atrayendo inversiones no solo de pequeños ahorradores o empresas nacionales, sino también de grandes fondos de todo el mundo.

¹ El sistema se implementa básicamente a través de las modificaciones operadas en la entonces Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE1997) y los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica.

² Ello se inicia con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y se desarrolla esencialmente –entre otras normas de diverso rango– con los Reales Decretos-leyes 14/2010, de 23 de diciembre; 1/2012, de 27 de enero, y 9/2013, de 12 de julio. Se consagra en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) y en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

2.2. La supresión de incentivos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional

Los inversores nacionales comenzaron entonces una batalla judicial que ofreció dos frentes sucesivos: de una parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, encargada de conocer de los recursos contra los distintos reales decretos y órdenes ministeriales en los que el cambio normativo se concretaba y, de otra, el Tribunal Constitucional, que tuvo la posibilidad de enfrentar la cuestión relativa al riesgo regulatorio con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre y el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio.

En lo que hace a la Sala Tercera, la sistematización de los pronunciamientos requiere distinguir el conjunto de la reforma alumbrada en 2010 de la desarrollada en 2013. Respecto de la primera, se concluyó que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no empecían a que el titular de la potestad reglamentaria (con el límite de la «rentabilidad razonable» fijado por la LSE) introdujera modificaciones en el régimen retributivo, llegándose a advertir de la previsibilidad del cambio e incluso de que este había sido asumido por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración³.

La reforma de 2013, de un mayor calado e intensidad⁴, no obtuvo sin embargo el aval unánime del Tribunal Supremo en tanto que, si bien desestimó igualmente todos los recursos, lo hizo con unos significativos votos particulares que apreciaban ya una clara afectación de los principios de irretroactividad y confianza legítima⁵. Así las cosas, mientras que por la mayoría de la sala se descartó la vulneración de los de seguridad jurídica y de confianza legítima (al no colegir «ningún tipo de compromiso o de signo externo, dirigido por la Administración a los recurrentes, en relación con la inalterabilidad del marco regulatorio vigente en el momento de inicio de su actividad de generación de energía procedente de fuentes renovables»), en las opiniones disidentes se aseveró que no cabía «abocar a un sector económico tan altamente regulado» a adoptar decisiones relevantes «sin conocer el régimen jurídico y económico que les va a ser de aplicación». Más aún cuando –se añadía por los discrepantes– la norma incurre en retroactividad prohibida al proyectar su eficacia hacia atrás, extremo este que rechaza la sentencia, pues se trataría de evitar la petrificación del régimen retributivo existente al socaire de un pretendido derecho consolidado.

³ Contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, se promovieron –y fueron desestimados– más de cuarenta recursos (por todas, STS [Sección 3.ª] de 12 de abril de 2012 [rec. núm. 40/2011]).

⁴ La rentabilidad razonable se veía sustancialmente reducida al girar ahora «antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado» (art. 1.dos del Real Decreto-ley 9/2013). Además, la configuración reglamentaria del cálculo de la retribución específica atendía a parámetros estándar en relación con una «instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada».

⁵ Por todas, cabe citar la STS (Sección 3.ª) de 10 de junio de 2016 (rec. núm. 554/2014).

El análisis sobre el fondo del Tribunal Constitucional hubo de esperar a que se abordasen los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. Y es que los dirigidos contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, bien fueron desestimados⁶, bien declarados extinguidos por pérdida de objeto⁷, dado que en el momento de resolver ya no se encontraba la norma en vigor.

El Tribunal Constitucional descarta la inconstitucionalidad de la reforma de 2013 y lo hace de forma unánime en su decisión, si bien no en la fundamentación⁸. Se afirma para ello que el principio de confianza legítima «no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes». Tal planteamiento aparece potenciado por las dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico, de forma tal que solo quepa exigir que los cambios legislativos «sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general» (FD 7.º a). Y para verificar tal previsibilidad recurre al concepto jurídico indeterminado del «operador económico prudente y diligente», observando las circunstancias concurrentes como plenamente justificativas de la reforma.

El voto particular centra su discrepancia en la forma en la que se dispensa el razonamiento jurídico relativo a la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Considera insuficientes los argumentos que se ofrecen habida cuenta de la trascendencia del cambio de regulación y de las que reputa como expectativas de los operadores jurídicos y económicos acerca de «una sólida respuesta constitucional a esta cuestión». Y enfatiza tal necesidad advirtiendo de la existencia de «numerosos litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros contra estos cambios normativos ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción, precisamente, del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parece especialmente necesaria».

Así pues, los operadores nacionales que acudieron al mercado de las renovables al albur de una atractiva rentabilidad obtuvieron, ante los continuos y notables vaivenes normativos, de una parte, una tutela judicial en única instancia que despachó sus pretensiones sin someter a una especial exigencia a los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima. De otra, una respuesta constitucional que *grosso modo* avalaba «la necesidad de satisfacer un interés público superior», cuya concreción y cumplimentación cabe colegir que quedaría siempre en manos ya del Ejecutivo, ya del Legislativo. Conceptos jurídicos indeterminados como los de operador económico prudente y diligente, rentabilidad razonable, empresa eficiente o bien gestionada, o valoraciones estrictamente subjetivas como la previsibilidad del

⁶ Es el caso de las SSTC 96/2014, de 12 de junio y 109/2014, de 26 de junio, referentes, respectivamente, a los recursos formulados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Generalitat Valenciana.

⁷ ATC 200/2014, de 22 de julio, relativo al recurso de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁸ Tras la STC 2015, de 17 de diciembre, se reproducen los argumentos en las SSTC 19/2016, de 4 de febrero; 29/2016, de 18 de febrero; 30/2016, de 18 de febrero, y 61/2016, de 17 de marzo.

cambio de normas se acababan así erigiendo en piedras angulares de la decisión a adoptar. Fácilmente se colige que tan pronto podían inclinar la balanza en favor de una posición beligerante con la inestabilidad jurídica como mostrar condescendencia hacia el riesgo regulatorio⁹.

2.3 Renovables y arbitraje de inversiones

Distinta y dispar suerte han venido corriendo los operadores internacionales (fundamentalmente, fondos de inversión) que, en lugar de demandar a España en cuanto Estado anfitrión ante los órganos judiciales nacionales y por mor de cambios normativos inopinados, han tenido la posibilidad de acudir al arbitraje de inversión. Esta figura favorece la resolución de disputas entre inversores extranjeros y los Estados, donde tal inversión tiene lugar de acuerdo con lo pactado en acuerdos internacionales de inversión, bien de carácter multilateral¹⁰, bien tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI)¹¹. Además, tras la asunción por la Unión Europea de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas¹², se han implementado mecanismos arbitrales para la solución de controversias entre inversores y Estados en distintos acuerdos internacionales, cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario en algunos casos ya ha sido respaldada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³.

Quizás solo los recelos hacia la independencia de los órganos judiciales nacionales puedan justificar esa predilección hacia el sistema arbitral. Acaso las dudas sobre su imparcialidad son las que impulsen a tan pujantes demandantes a una resolución de la disputa –y, en su caso, ejecución del laudo– lejos del territorio donde la inversión fue efectuada.

Las reformas en el régimen de incentivos a las renovables llevaron a grandes fondos de inversión domiciliados a lo largo de todo el planeta (si bien con una mayoritaria presencia

⁹ Sobre tal concepto, véase Rodríguez Bajón (2012).

¹⁰ Se incluyen en los mismos los que se insertan en el marco de tratados de libre comercio y resulta de singular trascendencia por la materia que nos ocupa el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

¹¹ Hasta 72 APPRI suscritos entre España y otros países se encuentran actualmente en vigor (<http://www.comercio.es/acuerdos>). Respecto de aquellos que vinculan con Estados miembros de la Unión Europea existe el compromiso de finalización plasmado en la Declaración plurilateral de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la Sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16).

¹² Artículos 64, 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹³ Tras el frustrado Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos, se han suscrito el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (avalado por el TJUE en el Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019), el Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (respecto del que el Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, afirmó su carácter de «mixto» y, por tanto, la necesidad de ser celebrado conjuntamente por la Unión y los Estados miembros), el Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam y el Acuerdo de Paternariado Económico con Japón.

en países de la Unión Europea) a reclamar de España en torno a 10.000 millones de euros al amparo del artículo 26.6 del TCE, por no haber dispensado «un trato justo y equitativo» a tales inversiones conforme al artículo 10.1 del TCE. Estas disputas se han venido desarrollando –y lo siguen haciendo– principalmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴, pero también ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁵ y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya¹⁶.

La incertidumbre que parece generar las jurisdiccionales locales se despejaría así mediante el establecimiento de tribunales arbitrales compuestos generalmente por tres miembros, dos de ellos designados a propuesta de cada una de las partes, mientras que el tercero bien puede ser nombrado de común acuerdo entre ambas (en defecto de este, se prevé que se designe por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI)¹⁷ o directamente por el presidente del Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁸.

Hasta ahora se han iniciado 47 arbitrajes, 20 de los cuales ya han sido resueltos. El bagaje que arroja para los intereses de España no resulta muy satisfactorio desde el momento en que solo tres de las reclamaciones han sido íntegramente desestimadas¹⁹. Es cierto que de los aproximadamente 10.000 millones reclamados, solo se han concedido en torno una décima parte. Pero al mismo tiempo se observa una nada desdeñable tendencia a apreciar la vulneración del principio del trato justo y equitativo cuando se entienden frustradas las legítimas expectativas esgrimidas por los inversores.

De los laudos que han resultado favorables al Estado español (Charanne e Isolux, del Instituto de Arbitraje sueco, Stadtwerke, dictado por el CIADI)²⁰ cabe concluir que, en lugar de atenderse a expectativas estrictamente subjetivas de los demandantes, se objetivan las mismas y, teniendo presentes los parámetros considerados por el Tribunal Supremo, se

¹⁴ Con sede en Washington, se trata de una institución del Banco Mundial establecida por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, ratificado por 154 Estados y en vigor desde el 14 de octubre de 1966 (convenio CIADI).

¹⁵ Se aplica el propio Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje (RA-IACCE), organismo fundado en 1917.

¹⁶ Organización intergubernamental permanente establecida en 1899. Ha regido el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (RA-CNUDMI).

¹⁷ Artículos 37.2 a) del convenio CIADI y 9 del RA-CNUDMI.

¹⁸ Artículo 17.2 del RA-IACCE.

¹⁹ Un «listado de procedimientos arbitrales energéticos, con las cuantías reclamadas» fue proporcionado el 6 de noviembre de 2017 al Congreso de los Diputados por el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, con ocasión de la pregunta formulada por el Grupo Parlamentario GCUP-ECP-EM.

²⁰ Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain, SCC Case n.º V 062/2012; Isolux Infrastructure Netherlands BV v. Spain, SCC case V2013/153; y Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID case n.º ARB/15/1.

rechaza tanto la tesis de que haya de mantenerse un marco regulatorio constante a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones como la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de la tarifa.

Frente a tales pronunciamientos, los planteamientos de los 17 laudos condenatorios²¹ pueden sistematizarse en tres grupos en atención a los argumentos, que devienen decisivos:

- En primer lugar, los que se fundamentan en una infracción de las expectativas de estabilidad del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.
- En segundo término, los que se basan ya en el efecto retroactivo del modelo retributivo, ya en la falta de garantía de una rentabilidad razonable o, incluso, en ambas cuestiones a la vez. Ejemplo de ello es el laudo dictado en *The PV Investors v. Spain*²², uno de los más recientes y también el que suponía la reclamación de mayor importe (está fechado en febrero de 2020, se solicitaban 1.900 millones de euros y se salda con una indemnización de en torno a 90). Aunque la mayoría del tribunal arbitral rechaza el carácter irrazonable, arbitrario, desproporcionado o no transparente de las medidas introducidas con la reforma, también concluye que se frustraron las expectativas legítimas en una «tasa razonable de rendimiento» de las inversiones efectuadas, circunstancia que reputa vulnera el trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE.
- Finalmente, se ha atendido también en alguna ocasión a la rentabilidad de las plantas como el elemento determinante de proporcionalidad para decidir si se respetó o no el estándar de trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Es el caso del asunto *RWE v. Spain*²³, hecho público en diciembre de 2019 y cuya indemnización se encuentra aún pendiente de concretar, en relación con las siete plantas del inversor respecto de las que, aun cuando se admita que no existían compromisos específicos, se afirma que no habrían alcanzado una rentabilidad razonable.

²¹ Entre ellos, *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/13/36; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/15/38; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/14/11; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/13/31; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/14/1; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC case n.º 2015/063; *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º ARB/15/15; y *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. and GWM Renewable Energy II S.P.A. v. Kingdom of Spain*, SCC case n.º 2015/150.

²² *The PV Investors v. Kingdom of Spain*, PCA case n.º. 2012-14.

²³ *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID case n.º. ARB/14/34.

Los laudos CIADI son definitivos y obligatorios para las partes. Cualquiera de las partes puede no obstante solicitar la anulación del laudo por las causas que aparecen previstas en el artículo 52.1 del convenio CIADI, correspondiendo el conocimiento de tal anulación a una comisión *ad hoc* integrada por tres árbitros. En el caso de los laudos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, es la Svea Court of Appeal la que conoce de los recursos de nulidad contra los mismos²⁴.

Pese a que solo pueden invocarse causas tasadas que además suelen interpretarse de forma restrictiva, España tiene planteados hasta 10 recursos de anulación ante el CIADI respecto de otros tantos laudos condenatorios. La entidad Stadtwerke München, la hasta ahora única demandante que ha visto como el CIADI desestimaba su reclamación, ha hecho lo propio.

Por lo que respecta a los laudos dictados en Suecia, han sido recurridos, por parte de España ante la Corte de Apelación de Svea, los de Novenergia II y Foresight Luxembour y Greentech Energy System. En ambos casos, lo que la corte ha dispuesto es la suspensión de la ejecución en tanto los recursos de nulidad se resuelven. Sin embargo, no se ha accedido en el primero de los asuntos –en el segundo aún está pendiente de pronunciamiento– a plantear la cuestión prejudicial instada por España ex artículo 267 del TFUE a propósito del encaje del TCE tras la sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16)²⁵.

Para cerrar este recorrido por lo que viene deparando el panorama arbitral relativo a las reformas al régimen de las renovables de los años 2010 y 2013, no está de más llamar la atención sobre el reciente Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre²⁶. Este se atribuye el propósito de estabilizar la retribución de las instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado²⁷. Sin embargo, lo condiciona precisamente a que no se inicie o haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. En caso de que se hubiere iniciado, se podrán acoger al mecanismo las instalaciones que justifiquen la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial, su renuncia al inicio o continuación futura o a la percepción de la indemnización obtenida.

²⁴ Contra su decisión no cabe en principio apelación ante el Tribunal Supremo sueco aunque la corte puede conceder autorización para recurrir por la relevancia como precedente de la cuestión (art. 43.2 Swedish Arbitration Act -SAA).

²⁵ Sin perjuicio de que será objeto de estudio posterior, la sentencia Achmea no se ocupa del TCE, sino de los APPRI intra-UE, de forma tal que los proscribire en pos de la autonomía del derecho comunitario desde el momento en que a través de los mecanismos de resolución de litigios que prevén puede aplicarse o interpretarse el derecho de la Unión Europea sin que se garantice su plena eficacia.

²⁶ Convalidado en fecha 27 de noviembre de 2019 por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86,2 de la Constitución.

²⁷ Permite obtener una rentabilidad razonable del 7,398 % durante el período 2020-2031, superior al 7,09 % establecido durante el período 2020-2025, y evitando la incertidumbre del período 2026-2031.

Aun cuando es difícil de pronosticar el éxito de esta iniciativa legislativa, enmarcada sin duda en la voluntad de poner fin al aluvión de reclamaciones, se trataría no solo de evitar el registro de nuevos arbitrajes, sino también de reducir los que estén en curso. Lo que ya no está tan claro es si ello no podría generar efectos discriminatorios entre inversores o incluso resultar incoherente con los planteamientos que se vienen haciendo ante los órganos arbitrales para justificar la justicia y equidad del trato dispensado.

2.4. La ejecución de los laudos. Una persecución global

El carácter obligatorio del laudo se traduce en la posibilidad, para la parte a quien favorece, de instar su reconocimiento y ejecución caso de no darse cumplimiento voluntario al mismo. Cuando de laudos CIADI se trata, el artículo 54,1 del convenio CIADI señala que todo Estado contratante «reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado». En lo que hace a los laudos del Instituto de Arbitraje sueco, su ejecución se podrá interesar ante los tribunales de aquel país y estarse a la SAA, si bien también puede promoverse en cualquiera de los países signatarios de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención Nueva York), igualmente de aplicación a los arbitrajes CNUDMI.

Los inversores que han obtenido laudos condenatorios CIADI se han venido decantando mayoritariamente por tratar de forzar su ejecución en los Estados Unidos. La formulación de los recursos de anulación ha permitido que el Tribunal de Distrito de Columbia suspenda hasta el momento 10 de estos laudos²⁸ en tanto que los mismos sean resueltos²⁹. Otro tanto de lo mismo ha sucedido con la ejecución pretendida del laudo de Novenergia II dictado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y que ha sido suspendida tanto por la corte de apelación de Svea como por el citado tribunal de distrito estadounidense.

Sin embargo, lejos de allí, en Australia, algunos fondos de inversión sí han conseguido recientemente el despacho de ejecución de laudos CIADI, pese a la suspensión decretada en el distrito de Columbia. Se trata de los luxemburgueses Eiser Infrastructure Limited y Antin Infrastructure Services, en favor de los cuales se habían fijado indemnizaciones de 128 y 101 millones de euros, respectivamente.

²⁸ Sobre las facultades suspensivas de una ejecución pendiente de anulación CIADI, véase Kotick y Dahlquist Cullborg (2018).

²⁹ La decisión sobre la anulación instada por España del laudo Eiser se antoja inminente según se desprende de la Orden del Tribunal de Distrito de Columbia de 13 de febrero de 2020, en la que se plasma lo a tal efecto participado por las partes.

La Federal Court of Australia ha resuelto autorizar mediante sendas órdenes de 24 de febrero de 2020 la ejecución de tales laudos del CIADI³⁰. Centrando buena parte de la decisión en la distinción conceptual entre «enforcement» y «execution» de los mismos³¹, rechaza la cuestión referente a la inmunidad invocada al considerar que España, al convertirse en signatario tanto del convenio CIADI como del TCE, renunció implícitamente a tal inmunidad como Estado y se sometió a, entre otras, la jurisdicción australiana (también país parte del convenio CIADI y, por tanto, vinculado a su artículo 54). Adviértase que lo que se había solicitado por los inversores era la ejecución de los laudos, pero no aún la materialización de la misma sobre propiedades del Estado. Si cabe confiar finalmente en la inmunidad de ejecución para excluir de una eventual persecución por parte de los acreedores a los bienes de los que sea titular España en territorio australiano, es algo que está por ver.

2.5. Ayudas de Estado. La posible vía para la evasión

A través de la Decisión C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017, la Comisión Europea resolvió la compatibilidad con el mercado interior ex artículo 107.3 c) del TFUE del «régimen retributivo específico» para el apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, la cogeneración y los residuos³². Este había reemplazado al implementado por los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, configurándose a través del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, la LSE y el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

Interesa destacar del pronunciamiento de la Comisión el que, tras advertir que la mayoría de los inversores que habían demandado a España con base en el TCE tenían su sede en otros Estados miembros de la Unión, toda disposición que prevé un arbitraje inversor-Estado entre dos Estados miembros resulta contrario al derecho comunitario (§ 160). Anticipando lo que el TJUE expresará más tarde en *Achmea*, sitúa la solución al conflicto en el principio de primacía y en el papel que al propio TJUE corresponde de acuerdo con el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Y como quiera que el órgano arbitral creado sobre la base del TCE está llamado a aplicar el derecho de la Unión (tanto como derecho internacional que rige entre las partes como, cuando proceda, interno del Estado anfitrión de la inversión) y este no constituye un órgano judicial de un Estado miembro, el TCE no se aplicaría a los inversores intra-UE (§ 162 y 163).

La consecuencia de todo ello es que cualquier compensación que un órgano arbitral concediera a un inversor por mor de la modificación del régimen económico primado cons-

³⁰ Lo hace aplicando la International Arbitration Act 1974 (arts. 31, 32, 34 y 35). Tales preceptos de la norma australiana se ocupan específicamente de la aplicación del convenio CIADI.

³¹ Considerando para ello los trabajos preparatorios del convenio CIADI.

³² Advierte y lamenta no obstante la implementación del esquema retributivo con anterioridad a su notificación a la Comisión, con la consiguiente violación del artículo 108.3 del TFUE.

tituiría en sí misma una ayuda de Estado, notificable conforme al artículo 108.3 del TFUE y sujeta a la obligación de *standstill* en aras de evitar la efectividad de la ventaja, en tanto se dilucida sobre su compatibilidad.

En el mismo sentido, la Declaración de las representaciones de los Estados miembros de 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias de la sentencia del TJUE en el asunto Achmea (C-284/16), conviene que no se impugnarian aquellos laudos arbitrales que no pudieran anularse o que se hubieran voluntariamente cumplido o estuvieran ya ejecutados. Sin embargo, también se asume el pacto de desarrollar acciones, en el contexto del tratado plurilateral (en clara referencia al TCE) o de los bilaterales existentes, para evitar que se utilicen como base para los arbitrajes entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros³³.

Siendo la mayor parte de los arbitrajes que afectan a España a raíz de la reforma de los incentivos a las renovables promovidos por entidades radicadas en Estados miembros, el régimen de ayudas de Estado se presenta así como la vía a través de la cual escapar de los laudos que vienen fijando indemnizaciones cuantiosas, el escudo jurídico que facultaría para no asumir su ejecución en tanto que la misma sería contraria al derecho de la Unión. La estrategia de España se sitúa entonces en obtener de la Comisión un pronunciamiento específico sobre la incompatibilidad de los laudos con el mercado interior³⁴. Y tal y como se verá en el siguiente epígrafe, esta senda para la evasión ni es inédita ni está inexplorada.

2.6. Las legítimas expectativas de los inversores

De lo hasta ahora expuesto bien cabe colegir que no coinciden los parámetros que se utilizan por los tribunales nacionales y arbitrales a la hora de dilucidar si se ha producido una frustración de las legítimas expectativas y, por ende, si se ha afectado la seguridad jurídica por el proceder del Estado anfitrión de la inversión. La lógica consecuencia de todo ello es la disparidad de las decisiones y la protección dispensada. De una parte, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional efectúan una interpretación estricta de los principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica, haciendo prevalecer el interés público frente a una pretendida inalterabilidad del marco regulatorio, sobre la que se habría depositado una confianza legítima³⁵. De otra, los órganos arbitrales descansan la responsabilidad en el artículo 10.1 del TCE en tanto que supone disponer por los Estados unas «condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes

³³ Así se expresa el apartado 7.º de la declaración.

³⁴ De hecho, la Comisión Europea viene avalando la posición española al actuar como *amicus curiae* ante el CIADI cuando de ejecuciones de laudo se trata.

³⁵ Artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; hoy artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Contratantes realicen inversiones en su territorio». Entre estas se incluye el compromiso de conceder a tales inversiones «un trato justo y equitativo» y nunca «menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados».

Más allá de la subjetividad que pueden llevar implícitas, las legítimas expectativas sirven de concepto flexible que permite a los órganos arbitrales equilibrar los intereses de los inversores y el derecho del Estado a regular, en consonancia con la idea más general del trato justo y equitativo. Estas pueden responder a un compromiso contractual por parte del Estado anfitrión (lo que representaría su más fuerte expresión)³⁶, a ciertas declaraciones o promesas de carácter oficioso que habrían determinado la materialización de la inversión³⁷ o a la perspectiva de que se mantenga un marco normativo estable³⁸. Este último supuesto, el más habitual y que ha sido asumido en algunos de los arbitrajes sobre renovables contra España, requeriría a su vez para su análisis de circunstancias tales como lo radical o drástico del cambio, la conducta del inversor (su mayor o menor diligencia como operador), el carácter razonable de sus expectativas o el nivel de desarrollo del Estado receptor.

La jurisprudencia del TJUE deja claro que los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, sino que esta puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias³⁹.

Ahora bien, entre tan lógica afirmación y su aplicación a cada caso concreto puede observarse una gran variedad de supuestos con infinitos matices. El hacer frente al déficit tarifario o a la sobredimensión del sistema podría requerir de una modificación de la normativa y esta habría de ser razonable, proporcionada y ajustada al interés público perseguido. El riesgo regulatorio existe, pero también los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (Amérigo Alonso, 2012)⁴⁰, por un lado, o el compromiso internacional de conceder un

³⁶ Ejemplo de ello se encuentra en *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID case n.º ARB/01/7. El proyecto de desarrollo urbano que había justificado el contrato de inversión se vio frustrado porque las normas de planificación no lo permitían. El CIADI resolvió que el Estado anfitrión, al celebrar el contrato de inversión y luego denegar los permisos pertinentes, había frustrado las expectativas del inversor, actuando de manera injusta o no equitativa.

³⁷ En *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Case, de 26 de enero de 2006, se rechaza la violación del «nivel mínimo de trato» por parte de México. Thunderbird se basó en un dictamen jurídico («oficio») que le dieron las autoridades sobre la legalidad de sus operaciones de juego propuestas sin que llegase siquiera a informar acerca de la naturaleza de las máquinas. Efectuada la inversión, las autoridades cerraron las instalaciones, interpretándose por los árbitros que el simple «oficio» no podía generar una expectativa legítima en la que el inversor pudiera confiar razonablemente.

³⁸ Para un análisis detallado sobre la interpretación arbitral de las legítimas expectativas en tal ámbito, véanse Potestá (2013), Mutis Téllez (2012) y Kalicki y Medeiros (2007).

³⁹ En tal sentido, la Sentencia del TPI (Sala Cuarta) *Kyowa Hakko (T-223/00)* (§ 39), que cita, a su vez, las sentencias *Delacre* y otros/Comisión (C-350/88) (§ 33) y *British Steel/Comisión (C-1/98 P)* (§ 52).

⁴⁰ La relación entre ambos principios se explica «en términos de "género-especie", partiendo de la mayor amplitud del primero para concebir el segundo como una manifestación de aquel».

trato justo y equitativo, por otro. Lo que desde luego no parece coherente es una protección que difiera decisivamente en función de la nacionalidad del inversor. Tal consecuencia, discriminatoria y contraria al artículo 18 del TFUE⁴¹, es a la que abocan los diferentes parámetros que conforme a lo expuesto son empleados.

Cierto es en todo caso que las instituciones que entran en juego son distintas como también lo son los fundamentos en que las mismas se sustentan. De una parte, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador que, en tanto variante de la responsabilidad patrimonial, requiere de un daño antijurídico que el interesado no tiene el deber soportar. Sucede no obstante que si no se ha lesionado la confianza legítima y la seguridad jurídica, el daño no podrá reputarse como antijurídico. Y es que el daño irrogado a los titulares de las instalaciones solo podrá calificarse como tal y, consiguientemente, indemnizable, si la modificación operada implica que las instalaciones no sean razonablemente rentables⁴². Está en la lógica de las cosas que la forma en la que se dilucide este último aspecto determinará una mayor o menor prosperabilidad de las pretensiones indemnizatorias.

De otra, el estándar del trato justo y equitativo que no solo se articula de forma diferente en los tratados de inversión (singularmente, en el artículo 10.1 TCE), sino que, además, está abierto a una amplísima casuística en su interpretación por los órganos arbitrales. En su raíz se encuentra precisamente la búsqueda de una protección frente a los abusos o arbitrariedades de los Estados anfitriones, tratando de propiciar un tratamiento privilegiado y al margen del que reciben otros inversores extranjeros u operadores domésticos (Selivanova, 2018). Paradójicamente, la deseable equiparación de los regímenes laminaría la finalidad a la que se adscriben los instrumentos internacionales que buscan reforzar la confianza inversora.

3. El precedente Micula

3.1. Contexto fáctico: la reconversión de la industria minera en la Europa del este

A comienzos de los años 90 del siglo pasado las regiones mineras de Europa oriental tuvieron que enfrentar los problemas derivados de los cierres industriales masivos, con el consiguiente incremento exponencial del desempleo y una drástica disminución del nivel de vida. Ello se hizo especialmente acuciante en países como Rumanía, al coincidir con la transición desde una economía centralizada a otra de mercado. El cierre de buena parte de las unidades de minería intensiva causó un caos financiero de forma especial a partir de

⁴¹ Conforme al cual se proscribe la discriminación por razón de la nacionalidad.

⁴² A este respecto, entre otras, STS (Sección 5.ª) N1 817/2019, de 13 de junio (rec. núm. 681/2017) (FD 4.º y 6.º).

1997, debido a la presión de los organismos internacionales y a la disminución de la demanda de productos mineros en el mercado interno⁴³.

Con el fin de incentivar la inversión en regiones desfavorecidas se dictó por las autoridades rumanas el Decreto de Urgencia n.º 24/1998, de 2 de octubre, que establecía la exención del pago de los derechos de aduana y del impuesto sobre el valor añadido. El 25 de marzo de 1999, con efectos desde el 1 de abril de 1999, el Gobierno designó a la cuenca minera de Ştei-Nucet (departamento de Bihor) región desfavorecida durante 10 años.

Los hermanos Ioan y Viorel Micula, ciudadanos suecos con residencia en Rumanía, participando a través de una serie de empresas resultaron beneficiarios de tales incentivos por inversiones realizadas en materia de producción de alimentos y bebidas en la citada región⁴⁴.

Sin embargo, paralelamente, Rumanía se encontraba inmersa en el proceso de adhesión a la Unión Europea⁴⁵. Algunos de los citados incentivos fueron declarados ayudas de Estado por el Consejo de Competencia en el año 2000, siendo suprimidos el 22 de febrero de 2005. El 1 de enero de 2007 se produjo la adhesión de Rumanía a la Unión.

3.2. La eliminación de los incentivos a la inversión ante el arbitraje

La legalidad de la retirada de los beneficios fiscales no fue examinada por los tribunales rumanos, sino que sus consecuencias jurídicas se ventilaron en sede arbitral⁴⁶. La razón es que estaba vigente el TBI celebrado el 29 de febrero 2002 entre Suecia y Rumanía, y con él el compromiso de cada parte contratante de garantizar «en todo momento un trato justo y

⁴³ Sobre tal particular, véase Morar (2011).

⁴⁴ Satisficían para ello el requisito de la previa obtención de un certificado de inversor permanente exigido por el Decreto de Urgencia n.º 24/1998, de 2 de octubre.

⁴⁵ En el Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y Rumanía, por otra, en vigor desde el 1 de febrero de 1995, se declaraban incompatibles con su buen funcionamiento las «ayudas públicas que falsearan o amenazaran con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o determinados productos» (art. 64.1.iii). Para hacerlo efectivo, se aprobó la Ley n.º 143/1999, en materia de ayudas estatales, y se designaba al Consejo y a la Oficina de Competencia como autoridades nacionales de control de tales ayudas estatales.

⁴⁶ El único recorrido judicial en Rumanía vino dado por la confirmación por el Tribunal Supremo el 19 de febrero de 2002 de la decisión de la Corte de Apelaciones de Bucarest de considerar el carácter legislativo y no administrativo del Decreto de Urgencia n.º 75/2000, cuya modificación del Decreto n.º 24/1998, de 2 de octubre, había determinado, a juicio del Consejo de Competencia, la imposibilidad de ejecutar su decisión sobre la incompatibilidad de las ayudas. Así las cosas, este no aparecía legitimado para impugnar su legalidad.

equitativo a las inversiones realizadas» por operadores de cada Estado⁴⁷. Las controversias que pudieran suscitarse entre inversores y los Estados anfitriones se habrían de someter a un tribunal arbitral bajo los auspicios del CIADI⁴⁸.

Ello fue lo que propiciaron Ioan y Viorel Micula, European Food, Starmil y Multipack, quienes, instando la constitución de un tribunal arbitral conforme al TBI, obtuvieron una indemnización por daños y perjuicios fijada en 178 millones de euros⁴⁹. Sostuvo el órgano arbitral que, al derogarse los incentivos en cuestión, Rumanía no actuó «de manera irrazonable o de mala fe (exceptuado el hecho de que [...] actuó de manera irrazonable al mantener las obligaciones de los inversores tras suprimir los incentivos)». Sin embargo, sí que apunta a una violación de la confianza legítima de los inversores (en el sentido de que tales incentivos no estuvieran disponibles y en la misma forma hasta el 1 de abril de 2009) y a una ausencia de transparencia en la actuación (al no informar oportunamente de que el régimen de ayudas sería suprimido antes de la fecha de expiración prevista). Consiguientemente, se entendió incumplida la obligación de «garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones».

Adviértase que la retirada de los beneficios fiscales no vino precedida de una decisión de la Comisión que evaluara una posible incompatibilidad de las ayudas, sino que fue el propio Estado rumano el que así lo dispuso en el marco de las negociaciones de adhesión. Y es que, aunque Rumanía venía obligada a aplicar en lo sustancial las normas sobre ayudas de Estado antes de su adhesión, no se habían implementado aún procedimientos equivalentes a tal fin.

3.3. La ejecución del laudo Micula. Una batalla con multitud de frentes

Desde su dictado el 11 de diciembre de 2013 el laudo no ha podido ser ejecutado⁵⁰. Ello pese a que los hermanos Micula emprendieron una desenfrenada búsqueda de tribunales donde hacer efectivo el mandato del artículo 54.1 del convenio CIADI⁵¹. En efecto, además de intentarlo en Rumanía y Suecia, se ha hecho lo propio en los Estados Unidos, el Reino Unido,

⁴⁷ El artículo 2.3 del TBI disponía que las partes «no obstaculizarán, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la cesión de dichas inversiones por parte de dichos inversores».

⁴⁸ Artículo 7 del TBI.

⁴⁹ ICSID case n.º ARB/05/20.

⁵⁰ La anulación fue rechazada el 26 de febrero de 2016.

⁵¹ De acuerdo con el cual existe la obligación para Estado contratante de reconocer el laudo y hacerlo ejecutar en lo que respecta a sus obligaciones pecuniarias dentro de su territorio. Se equipara, en definitiva, al tratamiento que se dispensa a las sentencias de los órganos judiciales nacionales.

Bélgica, Luxemburgo⁵² y Francia, países todos ellos que han ratificado el citado convenio y en los que Rumanía podría poseer bienes susceptibles de ser bloqueados por la ejecución.

La ejecución instada en Rumanía dio lugar a la autorización otorgada por el Tribunal de Bucarest el 24 de marzo de 2014, con el consiguiente mandamiento al Ministerio de Hacienda rumano para el pago del 80 % de la indemnización fijada en el laudo más intereses. Ello llegó a traducirse en la incautación de fondos y su puesta a disposición de los inversores en cuenta bloqueada. Sin embargo, como veremos a continuación, tal posibilidad se vio truncada por la Comisión Europea, al emitir el 26 de mayo de 2014 un requerimiento de suspensión⁵³ en tanto se resolviese sobre la compatibilidad de la ayuda conforme al artículo 108.2 del TFUE, resolución que se produjo finalmente a través de la Decisión 2015/1470, de 30 de marzo de 2015.

En lo que hace a Suecia, la Corte de Distrito de Nacka, en fecha 23 de enero de 2019, rechazó la ejecución instada. Lo hizo con base en el principio de cooperación leal⁵⁴ y en el entendimiento de que la citada decisión de la Comisión no solo impide la ejecución del laudo, sino que obliga a la recuperación de las cantidades ya incautadas. Enfatiza que no cabe que un juez nacional adopte decisiones incompatibles con lo resuelto por la Comisión. De forma categórica, aun cuando admite la vinculación al artículo 54 del convenio CIADI, concluye que el derecho de la Unión Europea impide la aplicación del principio de *res iudicata* si esta supone desconocer las normas en materia de ayudas de Estado⁵⁵.

Una visión muy distinta es la que se expresa en el Memorándum de la Corte de Distrito de Columbia de 11 de septiembre de 2019. Este da vía libre a los inversores para hacer efectiva la cantidad indemnizatoria fijada en el laudo, rechazando las alegaciones tanto de Rumanía como de la Comisión Europea (que actúa como *amicus curiae*). Destaca el que, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la sentencia Achmea (C-284-/16) –cuyo examen se abordará en el siguiente capítulo–, Rumanía no era aún miembro de la Unión Europea cuando decidió la retirada de los incentivos fiscales, siendo así que no aplicaría la invalidez de la cláusula de arbitraje intra-UE. Quedaría en todo caso por dilucidar qué cantidades todavía se adeudan.

Otro tanto cabe predicar del Reino Unido, donde la Corte Suprema, en el *Judgment* de 19 de febrero de 2020⁵⁶, resuelve que las obligaciones de ejecución asumidas en vir-

⁵² El embargo decretado a instancia del Sr. Viorel Micula en 61 entidades bancarias luxemburguesas se dejó sin efecto por la Corte Superior de Justicia del Gran Ducado de Luxemburgo en el *Judgment* n.º 71-18-VII-REF tras la audiencia pública celebrada el 21 de marzo de 2018.

⁵³ Ex artículo 11.1 del Reglamento (CE) n.º 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE.

⁵⁴ Artículo 4.3 del TUE.

⁵⁵ Cita al efecto las sentencias recaídas en los asuntos Lucchini (C-119/05), Klausner (C-505/14) y Achmea (C-284/16).

⁵⁶ Responde a la apelación formulada contra el *Judgment* de la High Court of England and Wales de 20 de enero de 2017 en el que la cuestión clave que se dilucidaba era si cabía ejecutar el laudo en un

tud del convenio CIADI⁵⁷ no pueden verse afectadas por el deber de cooperación leal con la Unión Europea, toda vez que la ratificación de aquel fue previa a su adhesión a esta. Llega incluso a aseverar que si la Comisión se plantease un procedimiento de infracción por la ejecución del laudo, su prosperabilidad sería remota y, además, el principio de cooperación legal, de carácter bidireccional, habría de llevar al TJUE a dejar la interpretación del convenio CIADI a los tribunales del Reino Unido, en tanto que Estado contratante (la Unión no lo es) (§ 116).

Igualmente, en fecha reciente, el 12 de marzo de 2020, la Corte de Apelación de Bruselas decidió plantear cuestión prejudicial para aclarar si la calificación de la Comisión como ayuda de Estado ilegal también abarca el pago recuperado mediante procedimientos de ejecución, pidiendo asimismo un pronunciamiento sobre si cabe que los Estados miembros no atiendan a las obligaciones que les incumben en virtud del convenio del CIADI y sobre la base de una decisión no definitiva de la Comisión⁵⁸. La Corte concluye que, si bien no estaba estrictamente obligada a suspender la ejecución del laudo arbitral, los principios generales de la Unión Europea se lo exigían en espera de un fallo definitivo del TJUE. El pronunciamiento que en su momento recaiga se antoja de sumo interés.

3.4. El pago del laudo como ayuda de Estado. El escudo protector de Rumanía

La Decisión 2015/1470, de 30 de marzo, de la Comisión, relativa a la «ayuda estatal SA.38517 ejecutada por Rumanía en el laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013», ha servido hasta ahora para no hacer frente al pago del mismo. Se dispone, en virtud de la misma, no solo que Rumanía «no abonará ninguna ayuda incompatible», sino que también «recuperará cualquier ayuda incompatible que ya haya sido abonada».

El decisivo punto de partida para entender el alcance de la decisión es que la medida que se evalúa es el pago de la indemnización concedida en virtud del laudo, con sus correspondientes intereses (§ 39). A partir de ahí se examina –y aprecia– la concurrencia de las condiciones acumulativas que el artículo 107.1 del TFUE establece:

Estado miembro no destinatario de la obligación que se imponía. Se concluyó que el laudo constituía *res iudicata* y que no había sido satisfecho, pero no dispuso su ejecución por estar pendiente el pronunciamiento del TJUE contra la Decisión de la Comisión 2015/1470, de 30 de marzo. Ello con el fin de evitar decisiones contradictorias o incoherentes.

⁵⁷ Artículos 54 y 69 del convenio CIADI.

⁵⁸ El pronunciamiento responde a la apelación planteada contra el levantamiento de la incautación de hasta 85 millones de euros decretado por un Tribunal de Instancia belga en ejecución del laudo y en el entendimiento de que este no podía servir de base para la incautación, habida cuenta de la decisión de la Comisión de recuperar el pago.

- En primer lugar, que la medida confiere una ventaja económica selectiva a una empresa. Aplicando el test de las «condiciones normales de mercado», colige que el laudo se traduce en un beneficio que de otra forma no podría ser obtenido. Trae además causa del TBI entre Suecia y Rumanía y, por tanto, concerniría solo a determinadas empresas y dentro de un limitado ámbito regional. Añade que la base de los daños viene representada por la prematura revocación de los incentivos fiscales y advierte de la equivalencia entre la compensación que se fija y lo dejado de percibir por un régimen fiscal contrario al acervo comunitario.
- En segundo término, que la medida es imputable al Estado y financiada mediante recursos estatales. Cabe destacar que la Comisión rechaza el argumento de que el laudo responda a las obligaciones de derecho internacional y enfatiza que fue al ratificar voluntariamente el TBI cuando se crearon las condiciones para el establecimiento de la ayuda, destinando para ello fondos estatales y atribuyéndole al Estado rumano incluso las decisiones de los tribunales de ese país y de los ejecutores del laudo. Se afirma que solo cabría excepcionar tal imputabilidad de estarse cumpliendo una obligación derivada del derecho de la Unión.
- Finalmente, que la medida falsea o amenaza con falsear la competencia y tiene potencialidad suficiente como para afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Se razona para ello que los productos en cuestión se vendían en un mercado liberalizado y eran objeto de comercio entre los distintos Estados de la Unión.

Resulta de sumo interés el paralelismo que cabe trazar entre la decisión de la Comisión en el caso *Micula* y el pronunciamiento que pueda esta en su momento realizar a propósito de la obligación de satisfacer por parte de España las sumas impuestas en los diversos laudos dictados por la supresión de incentivos a las renovables. Los laudos atienden a la vulneración del trato justo y equitativo previsto en el artículo 10.1 del TCE. Sin embargo, la Comisión no estaría llamada a verificar la legalidad del esquema de incentivos, sino a dilucidar si el pago de las indemnizaciones constituye o no ayuda de Estado. Se antoja así como muy probable que la conclusión alcanzada en *Micula* se reproduzca en el caso de España.

Ahora bien, adviértase también la disfunción que se vislumbra. Así como los órganos arbitrales «sancionan» la inobservancia de una suerte de principio de confianza legítima en el trato dispensado a los inversores, la concepción de la expectativa legítima en el ámbito de las ayudas de Estado resulta incompatible con aquel. Y es que la protección de las legítimas expectativas de los destinatarios de la ayuda depende –tal y como tiene establecido el TJUE⁵⁹ del cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de notificación de la misma. Sin notificación de la ayuda esta es ilegal y no cabe invocación de expectati-

⁵⁹ *Commission v. Federal Republic of Germany* (C-5/89).

vas legítimas⁶⁰. De esta forma, puede resultar que la retirada de una ayuda –piénsese, por ejemplo, en un esquema de incentivos fiscales– ilegal (en tanto que no notificada), e incluso incompatible con el mercado interior (si así lo ha resuelto previo el pertinente procedimiento la Comisión), no obste a una obligación de indemnizar a los destinatarios de la misma si un órgano arbitral entiende que tal retirada ha quebrado el trato justo y equitativo. Aún más. Ello puede darse en la práctica –de hecho, es el caso de las renovables– no solo entre un Estado miembro anfitrión de la inversión y un tercer Estado no comunitario, sino también intra-UE por mor ya no de los TBI en extinción sino por la condición de signatarios del TCE.

3.5. El Tribunal General no despeja la incógnita pero aún pende la casación

La decisión de la Comisión por la que se declara el carácter de ayuda de Estado, incompatible con el mercado interior, del pago del laudo en favor de los Sres. Micula fue objeto de recurso de anulación *ex* artículo 263 del TFUE por parte de estos y de las diversas entidades que participan⁶¹. El Tribunal General (TG) ha resuelto anular tal decisión en sentencia (Sala Segunda ampliada) de 18 de junio de 2019 (asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15). Sin embargo, aun cuando se esperaba que el fallo aclarara la cuestión de cuándo un laudo arbitral que fija una indemnización puede considerarse ayuda estatal, ello no se ha producido. Y es que no se ha enfrentado el tema de fondo por el aspecto *ratione temporis*, que representa el que los artículos 107 y 108 del TFUE no resultaban de aplicación a Rumanía antes de que tuviera lugar su adhesión a la Unión Europea.

Se concluye por ello que la Comisión no podía ejercer las competencias que le confería el artículo 108 del TFUE y, en particular, no podía sancionar los incentivos establecidos para el período anterior a la adhesión. Al hacerlo, aplicó retroactivamente y, por tanto, de forma indebida, las competencias que este último precepto le otorga. Por otra parte, se advierte de la importante circunstancia de que, a diferencia de lo que cabe predicar del asunto Achmea, el órgano arbitral no estaba obligado a aplicar el derecho de la Unión a unos hechos acaecidos con anterioridad a la adhesión.

La Comisión Europea ha interpuesto el 27 de agosto de 2019 recurso de casación contra la citada sentencia y, por tanto, no puede descartarse un abordaje de la cuestión de fondo por parte del TJUE. De hecho, el propio TG deja abierta la posibilidad a que por la Comisión se evalúe la compatibilidad de las ayudas concedidas en el período posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión (el comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de abril de 2009). Ello al expresar que «aun suponiendo que el pago de la indemnización por

⁶⁰ En tal sentido, artículos 1 y 16.1 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE.

⁶¹ En el procedimiento España participó apoyando la posición de la Comisión Europea.

daños y perjuicios correspondiente a dicho período pueda calificarse de ayuda incompatible» (§ 91), lo que parece avalar la tesis de un posible control por parte de la Comisión respecto de tal lapso temporal⁶².

Al margen de lo anterior, resulta interesante reseñar dos aspectos en los que el TG se distancia de los planteamientos efectuados por la Comisión:

- De una parte, en cuanto a qué se entiende por «medida en cuestión» (objeto del procedimiento de ayuda del Estado), considera el TG que esta vendría dada por el pago de la compensación fijada en el laudo. Razona que el esquema fiscal se aplicó antes de la adhesión y, por lo tanto, el laudo solo constituía el reconocimiento del derecho a recibir una compensación nacida en 2005 a raíz de la violación del TIB por la supresión de los incentivos. El hecho de que el pago se produjese en el año 2014 devendría así irrelevante. El laudo no constituiría nueva ayuda, dado que no confiere a los demandantes un derecho incondicional a recibir la misma (§ 78- 85).
- De otra, el laudo no concedería una ventaja económica. Sostiene el TG que el examen del método de cálculo efectuado por la Comisión estaba fuera de su competencia y apunta a que en todo caso el órgano arbitral se limitó a calcular los daños sufridos por la infracción de los derechos de los inversores. Asimismo, aunque TG y Comisión coinciden en que la indemnización de los daños constituiría ayuda de Estado si compensara la retirada de una ayuda ilegal o incompatible (§ 103), el TG, a diferencia de la Comisión, no llega a valorar si el esquema fiscal representaba una ayuda de tal naturaleza.

4. El conflicto entre el derecho de la Unión Europea y el arbitraje de inversiones

4.1. Derecho de la Unión y derecho internacional

La Unión Europea cuenta con personalidad jurídica⁶³ y en torno a la misma se instituye un ordenamiento jurídico propio y autónomo. De ello se deriva la posibilidad de celebrar acuerdos internacionales en la esfera de las competencias que le son propias⁶⁴, adherirse

⁶² En todo caso, se permite prescindir de tal examen, dado que la Comisión «no ha establecido una distinción entre los períodos de indemnización del perjuicio sufrido por los demandantes antes o después de la adhesión», si bien reseña que «en cualquier caso, se excedió en sus competencias en materia de control de las ayudas de Estado» (§ 91).

⁶³ Artículo 47 del TUE.

⁶⁴ Artículo 216.1 del TFUE.

a convenios ya existentes⁶⁵ o incluso convertirse en miembro de organizaciones internacionales. El ordenamiento comunitario no solo traba relación con los de los distintos Estados miembros (rigiéndose por los principios de primacía y efecto directo), sino también con el derecho internacional. En tal sentido, y en una forma muy similar a lo que se señaló por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, relativa a la existencia o no de contradicción entre la Constitución y determinados preceptos del malogrado tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, se ha afirmado que el modelo por el que se decanta la Unión es el de «monista moderado o atenuado» (Gordillo Pérez, 2017). Ello se traduciría en un monismo condicionado a la no violación del «estándar mínimo de derechos garantizados en el marco de los Tratados (incluyendo la Carta)» y cuya salvaguardia correspondería al TJUE.

También de forma análoga a lo que sucede con nuestro ordenamiento constitucional, en el que los tratados internacionales se insertan en el sistema de fuentes entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico⁶⁶, los tratados que celebre la Unión se supeditan al derecho originario⁶⁷ y se antepondrían al derecho derivado y al de los Estados miembros, al vincular tanto a las instituciones comunitarias como a estos últimos⁶⁸.

4.2. La competencia en materia de inversión extranjera directa

Tras el Tratado de Lisboa, los actos de la Unión en materia de «inversiones extranjeras directas» aparecen incluidos dentro del ámbito de la política comercial común⁶⁹. De ello se colige la competencia exclusiva de la Unión para aprobar compromisos con un tercer Estado relativo a las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas de ese tercer Estado en la Unión (y a la inversa) que permitan participar de manera efectiva en la gestión o el control de una sociedad que ejerza una actividad económica.

Como ha señalado el TJUE⁷⁰, constituyen inversiones extranjeras directas aquellas que consisten en cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas que sirva

⁶⁵ En el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, concluyó su incompatibilidad con el artículo 6.2 del TUE y con el protocolo n.º 8 sobre el citado precepto, relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.

⁶⁶ Artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.

⁶⁷ No en vano el artículo 281.11 del TFUE prevé que en caso de dictamen negativo del TJUE sobre la compatibilidad de un acuerdo con los tratados, éste no podrá entrar en vigor, salvo modificación de este o revisión de tales tratados.

⁶⁸ Artículo 216.2 del TFUE.

⁶⁹ Artículo 207.1 del TFUE.

⁷⁰ En otras, sentencia Comisión / Italia (C-326/07) (§ 35).

para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. Igualmente, se ha advertido que el hecho de que se utilice la mentada expresión manifiesta sin ambigüedad la voluntad de no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común, resultando por ello ajenas a la competencia exclusiva en cuestión⁷¹.

Ahora bien, lo que también ha sentado el TJUE en el Dictamen 2/15, con ocasión del Acuerdo de Libre Comercio con Singapur, es que escapan a esa competencia exclusiva de la Unión, además de las inversiones distintas de las directas («en cartera»), las disposiciones referentes al arreglo de diferencias entre un inversor y un Estado. De ello resulta el carácter «mixto» del acuerdo en cuestión –predicable también de los que en la misma línea le han seguido–, de forma tal que no solo requieren de la aprobación por el Parlamento Europeo, sino también habrán de ser firmados y ratificados por todos los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales internas⁷².

Estos acuerdos de «nueva generación», en virtud de los cuales se instituyen órganos arbitrales permanentes, están llamados a suplir a los tradicionales TBI que a partir de la década de 1990 se generalizaron entre Estados miembros y entre éstos y terceros Estados, abocando a los conflictos que se vienen examinando y cuya solución aún está por ver.

4.3. Compatibilidad con el derecho de la Unión de los órganos que se instituyen para interpretar las disposiciones de los tratados suscritos por la Unión

Examinada la forma en la que se desenvuelve la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional, así como la competencia para suscribir acuerdos con terceros en materia de inversiones extranjeras, se hace preciso verificar la compatibilidad con el derecho de la Unión de la creación de órganos que con carácter jurisdiccional interpreten las disposiciones de tales tratados y resuelvan las controversias que se susciten entre las partes.

Tal posibilidad aparecía ya admitida en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, emitido a propósito del proyecto de Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio⁷³. Se ha señalado al efecto que la ca-

⁷¹ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017.

⁷² Díez-Hochleitner (2017) propone que tal «mixicidad» requeriría para evitar el bloqueo por un solo Estado del desgajamiento de «los compromisos en materia de protección de inversiones de los ALC y llevarlos a acuerdos mixtos que complementen a unos ALC "puramente comunitarios"».

⁷³ El TJUE ha reiterado tal posibilidad con ocasión del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, relativo al proyecto de Acuerdo para la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, y del Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, referente a la adhesión de la Unión al CEDH.

pacidad para celebrar acuerdos internacionales comporta la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos en todo lo concerniente a la aplicación e interpretación de sus disposiciones. Asimismo, se ha aceptado que un acuerdo de estas características puede incidir en las competencias de las instituciones comunitarias siempre que se cumplan los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de esas competencias y, por tanto, no se vulnere la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión⁷⁴.

Esa autonomía, en la que el TJUE viene enfáticamente insistiendo, lo es tanto respecto de los Estados miembros como en lo que hace al derecho internacional, y se funda en un marco constitucional propio en el que se incluyen los valores del artículo 2 del TUE, los principios generales del derecho de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE) y las disposiciones del TUE y del TFUE. Para hacer efectivo todo ello se establece el sistema jurisdiccional de la Unión que, conforme al artículo 19 del TUE, «garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados» y en el que se desempeñan tanto el TJUE y el TG como los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los árbitros de inversión no se integran en el engranaje jurisdiccional comunitario (tampoco del de los otros Estados contratantes). Al mismo tiempo, los órganos jurisdiccionales de la Unión no tienen primacía respecto de lo que aquellos resuelvan (o puedan resolver los órganos jurisdiccionales de esos otros Estados). Los acuerdos internacionales suscritos por la Unión forman parte del Derecho de la Unión y pueden ser objeto de cuestión prejudicial⁷⁵, pero afectan del mismo modo a esos terceros Estados y, por ende, también pueden ser interpretados por sus órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, para determinar si resulta compatible un mecanismo arbitral con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario se hace preciso examinar⁷⁶:

- De una parte, el que no se atribuya a los órganos creados competencias de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distintas de las de interpretar y aplicar las disposiciones del acuerdo que los instituye a la luz de las normas y principios del derecho internacional aplicables entre las partes.
- De otra, que no configure las competencias de dichos tribunales de modo que estos, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas del derecho de la Unión que no sean las de dicho acuerdo, puedan dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta.

⁷⁴ Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, a propósito del Acuerdo de creación del Espacio Europeo Común entre la Comunidad Europea y países terceros.

⁷⁵ Por todas, Sentencia Aebtri (C-224/16) (§ 50).

⁷⁶ Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019 (§ 119).

4.4. El asunto Achmea⁷⁷. El final de los TBI intra-UE

Los parámetros expuestos y la defensa a ultranza de la autonomía del derecho comunitario se escenifican en la sentencia Achmea, al declarar que las cláusulas arbitrales incluidas en un TBI intra-UE no resultan compatibles con el derecho de la Unión⁷⁸. En concreto, veda la posibilidad de que los inversores de un Estado miembro sometan a controversia ante un tribunal arbitral cuestiones derivadas de inversiones realizadas en otro Estado miembro⁷⁹.

El planteamiento es simple. Los órganos arbitrales constituidos para garantizar el trato justo y equitativo de las inversiones deben «tener en cuenta en particular [...] el Derecho vigente en la Parte contratante afectada y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes» (§ 40). Consiguientemente, «podrá[n] verse obligado[s], en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales» (§ 42). Sin embargo y al mismo tiempo, tales órganos arbitrales –por el carácter excepcional de su jurisdicción– no se integran en los sistemas judiciales de los Estados parte en el TBI (§ 45) y, por tanto, no pueden ser calificados como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 del TFUE⁸⁰ (§ 46). Aún más. Sus decisiones son definitivas y solo cabe control judicial jurisdiccional nacional respecto de las mismas en la medida en que lo permita el derecho nacional (lo que en el asunto en concreto no estaba contemplado) (§ 51 a 53). La consecuencia de todo ello es que, a diferencia de lo que sucedería con el arbitraje comercial⁸¹, tanto el principio de confianza

⁷⁷ Sentencia Achmea (C-284/16).

⁷⁸ Se da respuesta en la misma a tres cuestiones prejudiciales de interpretación de los artículos 18, 267 y 344 del TFUE planteadas por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán.

⁷⁹ El supuesto fáctico que se analiza trae causa de la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados, dejada parcialmente sin efecto por la República Eslovaca en 2006 y que supuso la imposibilidad de distribuir beneficios derivados de tales actividades. Dos años antes, Achmea, empresa perteneciente a un grupo asegurador neerlandés, había constituido en Eslovaquia una filial a la que dotó de capital y a través de la cual ofrecía prestaciones de seguro de enfermedad privado en el mercado eslovaco. Los perjuicios irrogados fueron analizados por un órgano arbitral constituido conforme al artículo 8 del TBI suscrito en 1991 entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos, y que aseguraba un trato justo y equitativo a las inversiones. Establecido Fráncfort del Meno (Alemania) como lugar del arbitraje y el derecho alemán como aplicable al procedimiento arbitral, los árbitros fijaron una indemnización de 22,1 millones de euros.

⁸⁰ No pueden así plantear cuestiones prejudiciales por más que cierta doctrina les haya tratado de atribuir tal facultad. Al respecto, Paschalidis (2016).

⁸¹ Matiz que introduce para advertir de su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y respecto del que el TJUE ha avalado un control de sus laudos de «carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia» (por todas, Sentencia Eco Swiss, C-126/97).

mutua como «la preservación del carácter propio del derecho establecido por los tratados» se oponen a un mecanismo de resolución de controversias que no se haya de ventilar ante un órgano jurisdiccional perteneciente al sistema judicial de la Unión.

La actitud del TJUE se endereza a preservar su monopolio jurisdiccional en la aplicación e interpretación del derecho comunitario, apartando a incómodos operadores, como pueden ser los órganos arbitrales. Se ha hablado así de autismo jurídico (Martín y Pérez de Nanclares, 2015) o del «diálogo de sordos» entre el TJUE y los tribunales de inversión, con negativa repercusión en la aplicación armoniosa de los distintos ordenamientos jurídicos e intereses en presencia (Iruretagoiena Aguirrezabalaga, 2018).

La consecuencia inmediata de Achmea ha sido el compromiso explícitamente asumido por los Estados miembros de rescindir los TBI intra-UE y que se materializó en la antes citada declaración efectuada el 15 de enero de 2019. También en aquella se deja patente una clara intención de evitar la utilización del «tratado plurilateral» (en referencia al TCE) como base para arbitrajes entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros.

4.5. La proyección de la doctrina Achmea al TCE

El TCE no es un simple acuerdo para la protección de inversiones, sino que constituye un marco normativo multilateral para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía⁸² (señaladamente, en inversiones, comercio, tránsito de materias y productos energéticos y protección del medio ambiente). Todos los Estados miembros fueron también signatarios del TCE si bien este no se circunscribe a los mismos, sino que incluye a terceros Estados⁸³. Asimismo, se trata de un «acuerdo mixto» en tanto que suscrito como organizaciones regionales de integración económica⁸⁴ por las Comunidades Europeas⁸⁵. Las partes

⁸² Artículo 1 del TCE.

⁸³ Interesa, ello no obstante, destacar que Italia notificó la denuncia del tratado ex artículo 47 del TCE en diciembre de 2014, surtiendo la misma efectos a partir del 1 de enero de 2016 y pasando a tener estatus de país «observador».

⁸⁴ En el sentido así definido por el TCE (art. 1.3).

⁸⁵ Lo que tuvo lugar a través de la Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión del TCE y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados. La declaración presentada a la secretaría del TCE con arreglo al artículo 26.3 b), inciso ii) del TCE, que sustituye a la formulada el 17 de noviembre de 1997 en nombre de las Comunidades Europeas, señala que la UE y Euratom son «responsables internacionalmente del cumplimiento de las obligaciones» del TCE y remite al Reglamento (UE) n.º 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se dispone un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte. Precisa, en lo que hace al arbitraje internacional, que al no poder la UE ni Euratom ser parte del convenio CIADI, cualquier laudo arbitral en contra de las mismas será ejecutado por las instituciones de la Unión conforme al artículo 26.8 del TCE.

actúan en el tratado en pie de igualdad y, a diferencia de lo sucedido con los TBI intra-UE en los términos que ya se han reseñado, su legalidad aún no ha sido puesta en tela de juicio ni por las instituciones comunitarias ni por los Estados miembros⁸⁶.

Ahora bien, no debe desconocerse la subordinación del TCE al TUE o al TFUE (no solo a través del mecanismo del artículo 218.11 del TFUE, sino también por mor del principio de cooperación leal del artículo 4.3 del TUE). De ello se deriva que si se viera afectada la autonomía del derecho de la Unión, sus disposiciones solo se aplicarían en la medida en que resultaran compatibles con el derecho comunitario⁸⁷. Además, tampoco podrían operar en las relaciones entre Estados miembros e inversores de tales Estados⁸⁸.

Para verificar si esa afectación de la autonomía se produce, ha de decidirse si el derecho de la Unión constituye, ya derecho aplicable a resolver las disputas entre inversores y partes contratantes conforme al mecanismo de solución de controversias⁸⁹, ya solo contribuye a la determinación de los hechos. Pues bien, señala el apartado 6.º del artículo 26 del TCE que el tribunal arbitral «decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente tratado y a las normas del derecho internacional aplicables». Resulta claro que dentro de tales normas de derecho internacional se incluye el derecho de la Unión y, por tanto, conforme a la doctrina Achmea, un órgano arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, estaría aplicando e interpretando el derecho comunitario de forma tal que no podría ser fiscalizado. Por otra parte, aun cuando se aceptase que el derecho de la Unión solo contribuye a determinar los hechos, en la decisión sobre si se vulnera el trato justo y equitativo mediante la comparación entre el régimen precedente y el que resulta más gravoso, siempre se producirá una valoración de esas normas internas que irá más allá de un carácter estrictamente fáctico. Ello se muestra de forma aún más nítida cuando se acude al convenio CIADI en tanto que prevé, entre otras, la aplicación de la «legislación del Estado que sea parte en la diferencia»⁹⁰.

A cuanto antecede cabría añadir la vulneración del principio de discriminación por razón de la nacionalidad en la que se incurre con la aplicación intra-UE del TCE conforme al artículo 18 del TFUE. Nótese que uno de los Estados miembros, Italia, ya no es parte del TCE (más allá de la condición de *observador*). Téngase en cuenta que el TJUE exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el dere-

⁸⁶ Más allá de las dudas que se deslizan acerca de su compatibilidad con el TUE y el TFUE en las conclusiones del abogado general Sr. Wathelet en el asunto Achmea, este destaca precisamente la ausencia de dictamen acerca de tal compatibilidad porque «no existía la menor sospecha» al respecto (§ 43).

⁸⁷ Artículo 30.3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969 (CV).

⁸⁸ Artículo 30.2 del CV.

⁸⁹ Artículo 26 del TCE.

⁹⁰ Artículo 42.1 del convenio CIADI.

cho comunitario con los nacionales del Estado miembro⁹¹. Y recuérdese que aun cuando el derecho de la Unión reconoce el principio de trato nacional, no recoge una cláusula de «nación más favorecida» que posibilite extender un trato idénticamente favorable a los inversores de un Estado ajeno al TCE.

En consecuencia, tomando en consideración tanto la doctrina Achmea como la jurisprudencia del TJUE relativa a los acuerdos internacionales que prevén la creación de mecanismos arbitrales, cabe concluir que el TCE no ha de operar intra-UE. Ello por cuanto la solución de controversias a la que remite implica interpretar y aplicar el derecho de la Unión, pudiendo con ello comprometer también el que las instituciones comunitarias actúen dentro del marco constitucional que les es propio. Todo ello no es baladí desde el momento en que todos los arbitrajes promovidos contra España por la supresión de incentivos a las renovables se amparan en el artículo 10.1 del TCE y buena parte de ellos se formula por inversores comunitarios.

5. Ejecución de laudos y ayudas de estado

5.1. Del convenio CIADI a la Convención de Nueva York

Cuando de laudos arbitrales se trata, su ejecución podrá materializarse bien a través del convenio CIADI (señaladamente, en lo que hace a sus artículos 53 y 54), bien por el cauce de la Convención de Nueva York. Si el primero constituye la herramienta del que se sirve el CIADI, con la segunda se hacen efectivos los laudos CNUDMI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Las diferencias entre una y otra vía son en todo caso notables.

En el caso del convenio CIADI, cada Estado contratante ha de reconocer el laudo y hacer ejecutar en su territorio las obligaciones impuestas «como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado»⁹². Ninguna capacidad de escrutinio cabría entonces predicar de los órganos judiciales de los Estados signatarios.

La Convención de Nueva York por su parte sí que admite la denegación del reconocimiento o ejecución de laudos en determinados supuestos y, en particular, en tanto que los mismos sean «contrarios al orden público» del país en el que se haya instado⁹³. A tal efecto, el TJUE ha recalcado la obligación de los Estados de aplicar consistentemente las normas de orden público⁹⁴, dentro de las que se han de incluir las ayudas de Estado del artículo 107 del TFUE.

⁹¹ Sentencia Cowan (C-186/87) (§ 10).

⁹² Artículo 54.1 del convenio CIADI.

⁹³ Artículo 5.2 b) de la Convención de Nueva York.

⁹⁴ En tal sentido, la sentencia Eco Swiss, C-126/97 (§31 a 41), a propósito de las normas básicas sobre el derecho de la competencia de la Unión Europea.

Cuestión más compleja es si tal excepción puede ser esgrimida siempre que la medida cuya revocación determina la brecha del trato justo y equitativo resulte contraria a la legislación en materia de ayudas de Estado o, si por el contrario, requiere de un específico pronunciamiento de la Comisión sobre tal incompatibilidad a través del procedimiento del artículo 108 del TFUE. Esta segunda opción parece la más prudente por cuanto su naturaleza de excepción requeriría de una aplicación restrictiva⁹⁵ y, además, dilucidar la incompatibilidad escaparía de la esfera de facultades o atribuciones de los órganos judiciales nacionales ante los que se instara la ejecución. Por el contrario, cuando la incompatibilidad ha sido ya declarada por la Comisión, nada habría de obstar a que entrara en juego la excepción de orden público.

5.2. El papel del régimen de ayudas de Estado en la ejecución de laudos

Se ha señalado con anterioridad que la estrategia española para eludir el pago de los laudos condenatorios por la revocación de incentivos a las renovables pasa en buena medida por invocar que su ejecución contraviene el artículo 107 del TFUE. También se ha destacado que la postura vendría avalada por el proceder de la Comisión en el asunto *Micula* y que tal planteamiento no ha sido descartado por el TG (al menos totalmente y más allá de la falta de firmeza de la sentencia). Para la ejecución de la mayor parte de los laudos dictados contra España ha de estarse al convenio CIADI que, como acaba de exponerse y a diferencia de la Convención de Nueva York, no admitiría excepciones. Sin embargo, hay importantes matices.

El requisito de la imputabilidad en las ayudas de Estado demanda de entrada que el otorgamiento de la ventaja económica sea voluntario. El TJUE aprecia obligatoriedad –y, por ende, no se estaría en presencia de una ayuda de Estado– cuando, de conformidad con el derecho interno, el Estado miembro viene obligado a reembolsar cargos indebidamente cobrados⁹⁶, a pagar por daños causados⁹⁷ o indemnizar por una expropiación⁹⁸.

En efecto, en el primer caso, sentencia *Denkavit Italiana*, excluye la incompatibilidad con el mercado común de la «obligación de pagar o de devolver sumas resultantes de la circunstancia de que quien pagó esas sumas no las debía» (§ 31). En el segundo, asunto *Asteris*, se deslindan del concepto de ayudas, por revestir una «naturaleza jurídica fundamentalmente diferente», a «las indemnizaciones que las autoridades nacionales pudieran, eventualmente, ser condenadas a pagar a los particulares como reparación de un perjuicio

⁹⁵ No en vano, la Convención de Nueva York se inspira en el reconocimiento general y recíproco de las «sentencias arbitrales extranjeras» (arts. 1 y 3).

⁹⁶ Sentencia *Denkavit Italiana* (61/79).

⁹⁷ Sentencia *Asteris* (asuntos acumulados C-106 a 120/87).

⁹⁸ Sentencia *ThyssenKrupp* (T-62/08).

que ellas les hubieren causado» (§ 23). Y en el último, sentencia ThyssenKrupp, se avala que la indemnización concedida por el Estado por la expropiación de bienes de una empresa no constituye, por lo general, una ayuda estatal.

Así las cosas, si se admite que el pago conforme a las normas de derecho interno que generan la obligación de efectuarlo no integra una ayuda de Estado, no debe plantear problemas extender tal consecuencia a los supuestos en que la obligación surge de compromisos internacionales (lo que, en el caso de España y la supresión de incentivos a las renovables, lleva al artículo 10.1 TCE y a no dispensar un trato justo y equitativo).

Para reforzar tal tesis en el caso de los laudos CIADI (y su consiguiente imposibilidad de ser fiscalizados por los órganos judiciales ejecutantes), ha de significarse que tampoco sería imputable la ayuda cuando el Estado miembro no dispone de margen de maniobra al adoptarla o no contaba con autonomía en su actuación. Así lo ha declarado el TJUE con ocasión de la adaptación del derecho interno a una determinada exención tributaria⁹⁹, de forma tal que en aquel caso este se limitaba a «ejecutar disposiciones comunitarias conforme a las obligaciones que en virtud del tratado les incumbe» y, por tanto, la disposición controvertida no era imputable sino al legislador comunitario.

Si bien hasta ahora el razonamiento ha girado en torno a la regla general de que la ejecución de laudos arbitrales no constituye una quiebra del artículo 107 del TFUE, ello admite su excepción en el caso de que el laudo implique el restablecimiento de una medida declarada por la Comisión incompatible con el régimen de ayudas de Estado. La razón parece evidente: si el arbitraje da la posibilidad de recuperar beneficios que constituían ayudas ilegales, incompatibles (o ambas cosas), la ejecución del laudo implicará desconocer la decisión de la Comisión y hacer indirectamente efectiva una medida contraria al mercado interior.

En tal sentido son relevantes las conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Francesco Atzori y otros v. Regione Autonoma della Sardegna¹⁰⁰. Se advertía en ellas que aun «si se reconoce el derecho a una indemnización, no resulta equiparable el perjuicio con el importe de las sumas que se han de reintegrar, puesto que supondría una concesión indirecta de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común» (§ 198). Este planteamiento se efectuó con ocasión de unas ayudas ilegales –no notificadas– concedidas por el Gobierno regional de Cerdeña y que, por tanto, habían de ser devueltas, con la consiguiente acción de indemnización por las empresas afectadas conforme a la doctrina del TJUE en Brasserie du pêcheur y Factortame¹⁰¹. En todo caso, su razón de ser resulta perfectamente extrapolable al ámbito de los arbitrajes de inversión.

⁹⁹ Sentencia Deutsche Bahn v. Commission (T-351/02) (§ 102).

¹⁰⁰ Asuntos acumulados C-347/03 y C-529/03.

¹⁰¹ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 (§ 51).

Se sigue sin dificultad que esto es lo que se produce tanto en el asunto Micula como lo que parece proyectarse en la problemática de incentivos a las energías renovables en la que España se encuentra inmersa. En el primer caso, el esquema parte de la implementación de un tratamiento fiscal favorable que se suprime por mor de las exigencias derivadas de la adhesión a la Unión y sin que hubiera intervenido hasta ese momento la Comisión. Es precisamente con ocasión del laudo condenatorio contra Rumanía por la violación del trato justo y equitativo previsto en el TBI cuando la Comisión se opone a su cumplimiento por contravenir el régimen de ayudas de Estado.

Por lo que respecta España, la garantía de una determinada «rentabilidad razonable» se ve sustancialmente afectada por unas modificaciones normativas que en una serie de laudos arbitrales se vienen reputando contrarias al tratamiento justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Tampoco aquí intervino la Comisión «antes» (al no producirse notificación de la ayuda) y se espera que lo haga a través del procedimiento del artículo 108 del TFUE de cara a declarar su incompatibilidad. Sería entonces cuando la ejecución de los laudos –de materializarse– abocaría a una concesión indirecta de la ayuda, ya incompatible con el orden público comunitario (en el decir de artículo 5.2.b de la Convención de Nueva York), ya incardinable en la excepción a enfrentar a los categóricos términos de los artículos 53 y 54 del convenio CIADI.

En la forma precedente podrían sistematizarse las pautas que disciplinan las relaciones entre el régimen regulatorio global y el orden jurídico europeo referente a las ayudas de Estado. Ello por cuanto lo que es necesario para uno, es ilícito para el otro; lo que el derecho internacional impone, el derecho de la Unión lo sanciona¹⁰². Y es que aun en las tesis menos proclives a asumir la existencia de conflicto se admite que este subyace al fijar el laudo el restablecimiento de una ayuda estatal incompatible o una indemnización por su supresión¹⁰³.

5.3. Inejecución de laudos y afectación de la CDFUE y del CEDH

Aun cabría –en una vuelta de tuerca más– una observación final acerca de la contradicción que puede generar la inejecución de laudos por mor de las exigencias del propio derecho de la Unión. Recuérdese que el artículo 52.3 de la CDFUE incorpora un estándar de protección mínimo para los derechos garantizados en el CEDH, reconociendo respectivamente en sus artículos 17 y 47 los derechos a la propiedad y a la tutela judicial efectiva (a interpretar conforme a los artículos 1 del Protocolo N.º 1 a la CEDH y el artículo 6.1 de la misma). No puede así descartarse que los inversores cuyos laudos no resultaren finalmente ejecutados pudieran postular ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una vulneración de los citados preceptos y de la protección que los mismos han de dispensar¹⁰⁴.

¹⁰² En tales términos se expresa Battini (2017).

¹⁰³ Véase Struckmann, Forwood y Kadri (2016).

¹⁰⁴ Sobre esta hipótesis, véase Cabrera Rodríguez (2016).

6. Conclusiones

Más allá de la complejidad que el conflicto normativo expuesto presenta, el recorrido efectuado en los apartados precedentes ha tratado de ofrecer una visión de conjunto del problema, de los escenarios en los que se desenvuelve y de las múltiples normas en juego. Al mismo tiempo, fácilmente se colige que la cuestión jurídica a ventilar pasa por resolver de la forma más satisfactoria la encrucijada en la que España se encuentra. Esto es, elegir entre dar cumplimiento a los principios fundamentales del derecho de la Unión, jurídicamente vinculantes, o a la ejecución derivada de los laudos que condenan a nuestro país por no haber dispensado un trato justo y equitativo a aquellos inversores en energías renovables que vieron frustradas sus expectativas a raíz de un determinado cambio normativo.

Se trata de un debate no solo abierto, sino que se sigue intensamente ventilando con la intervención de órganos judiciales de todo el planeta, de árbitros de distintas cortes y con la decisiva participación de la Comisión. Aun cuando queda lejos cualquier ánimo predictivo, no puede evitarse lanzar como tesis la improcedencia de que por parte de España se satisfagan los multimillonarios importes a los que tales laudos ascienden cuando se trate de asuntos intra-UE. Las razones estrictamente jurídicas que a tal posición abocan son las que siguen:

- En primer lugar, se evitaría incurrir en la discriminación por razón de la nacionalidad que proscriben los artículos 14 de la Constitución o 18 del TFUE. Tal tratamiento desigual opera de entrada entre nacionales y extranjeros a raíz de la distinta concepción de las legítimas expectativas sostenida por los tribunales Supremo y Constitucional, por un lado, y los distintos órganos arbitrales, por otro. También se habría de hacer extensivo al enfoque diverso al que se someten inversores intra-UE y extra-UE. Se estaría en definitiva quebrando la perfecta igualdad de trato de quienes se encuentren en una situación regida por el derecho comunitario con respecto a los nacionales de un Estado miembro, haciendo que una misma inversión disfrute de una mayor o menor protección en función de la nacionalidad de quien la haga.
- En segundo término, cabe inferir que el criterio seguido por la Comisión en el asunto Micula es trasladable a la supresión de incentivos a las renovables y, por lo tanto, la ejecución de los laudos implicaría el otorgamiento de ventajas económicas selectivas, imputables al Estado y financiadas con recursos estatales que falsean o amenazan con falsear la competencia y con potencial para afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Sin embargo, el esquema favorable a las renovables, pese a constituir *a priori* ayuda de Estado, no fue objeto de notificación a la Comisión conforme al artículo 108.3 del TFUE y, por tanto, al tratarse de ayudas ilegales, con arreglo a la doctrina del TJUE, no podían generar expectativas legítimas.
- En tercer lugar, porque el conflicto entre el artículo 26 del TCE, por una parte, y los TUE y TFUE, por otra, debe ventilarse con arreglo al principio de primacía del

derecho de la Unión, norma especial de conflicto en el campo del derecho internacional y aplicable a los derechos internos de los Estados miembros y a los tratados internacionales en los que estos sean partes. No debe obstar a lo anterior el que la Unión Europea y Euratom sean también signatarios del TCE. Y es que en el asunto Achmea el TJUE establece categóricamente que cualquier disposición de un tratado internacional que permita el arbitraje de inversiones intra-UE resulta incompatible con el TFUE, resultando claro que el artículo 26 del TCE integra una disposición de tal naturaleza. Cierto es que cabría la denuncia del TCE por parte de España, circunstancia que ya se ha producido en el caso de Italia, pero también lo es que los efectos de tal decisión (de un gran significado político) solo habrían de producir efectos a futuro y no retroactivamente.

- Finalmente, aun cuando está pendiente de substanciarse, en su caso, el procedimiento del artículo 108 del TFUE a través del cual la Comisión determine si el régimen dispuesto por España para el fomento de las energías renovables constituía una ayuda de Estado incompatible, también cabe concluir la inejecutabilidad de los laudos, ya al amparo de la Convención de Nueva York, ya de acuerdo con el convenio CIADI. En lo que hace a la primera, en atención a la excepción de resultar contrarios al orden público que prevé el artículo 5.2 b) de la misma (y es que el régimen de ayudas de Estado del artículo 107 TFUE integra desde luego tales normas de orden público). Por lo que respecta al convenio CIADI, por cuanto si a la declaración de incompatibilidad de la ayuda sigue el restablecimiento de la misma al albur de la ejecución del laudo, se estaría tratando de recuperar beneficios ilegales e incompatibles, desconociendo la decisión de la Comisión y contraviniendo de forma frontal el artículo 107 del TFUE.

La totalidad de los laudos dictados contra España se fundan en la vulneración del principio de trato justo y equitativo del artículo 10.1 del TCE. Lo hacen, además, en procedimientos arbitrales iniciados en su gran mayoría por inversores de otros Estados miembros. Así las cosas, en estos casos intra-UE su ejecución ha de resultar inviable para España. Ello al no poder entrar en juego el artículo 26 del TCE y comportar la misma el restablecimiento de un régimen de ayudas ilegales y, además, si así se declara por la Comisión, incompatibles con el mercado interior.

Sin embargo, no puede ignorarse que este razonamiento, seguido desde la perspectiva del derecho de la Unión, puede resultar desconocido por los órganos judiciales de terceros Estados (véanse los Estados Unidos o Australia, por citar solo unos ejemplos). Y estos países, vinculados a su vez por los compromisos que asumieron en cuanto signatarios del TCE, podrían desarrollar una eventual persecución de bienes del Reino de España en sus territorios. Pero ello, dotado sin duda de un gran simbolismo y quizá de otras implicaciones que van más allá de lo exclusivamente jurídico, sería otra historia.

Referencias bibliográficas

- Amérigo Alonso, J. (2012). Procedimiento administrativo europeo. En J. E. Eugenio Soriano García (Dir.), *Principio de confianza legítima* (pp. 91-121). Thomson-Civitas.
- Battini, S. (2017). Il «caso Micula». Diritto amministrativo e entanglement globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 325-341.
- Cabrera Rodríguez, J. (2016). From Washington to Luxembourg... stopping over at Strasbourg? Enforcement of ICSID awards under EU Law. *Spanish Yearbook of International Law*, 20, 49-69.
- Díez-Hochleitner, J. (2017). La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 403-429.
- Gordillo Pérez, L. I. (2017). El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(2), 330-354.
- Iruretagoiena Aguirrezabalaga, I. (2018). Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ¿una ecuación (im) posible? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, 219-262.
- Kalicki, J. y Medeiros, S. (2007). Fair, Equitable and Ambiguous: What is fair and equitable treatment in International Investment Law? *ICSID Review*, 22(1), 24-54.
- Kotick, B. y Dahlquist Cullborg, J. (2018). A (counter) balancing act: the express power to order a security on a stay of enforcement pending annulment. *ICSID Review*, 32(1), 260-279.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2015). El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 825-869.
- Morar, C. (2011). Several social impacts of mine closures in the disadvantaged areas of Bihor County, Romania. *Forum Geografic. Studii și Cercetări de Geografie și Protecția Mediului*, 10(2), 303-311.
- Mutis Téllez, F. (2012). Conditions and criteria for the protection of legitimate expectations under International Investment Law. *ICSID Review*, 27(2), 432-442.
- Paschalidis, P. (2016). Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice. *Arbitration Internacional*, 0, 1-23
- Potestá, M. (2013). Legitimate expectations in investment Treaty Law: understanding the roots and the limits of a controversial concept. *ICSID Review*, 28(1), 88-122.
- Rodríguez Bajón, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, 188, 189-205.
- Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review*, 33(2), 433-445.
- Struckmann, K., Forwood, G. y Kadri, A. (2016). Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence? *European State Aid Law Quarterly*, 2, 258-269.