

Las respuestas internas e internacionales a la protección del inversor en el sector energético: un nuevo reto en una economía globalizada

Vicente López-Ibor Mayor

Presidente de Estudio Jurídico Internacional, Ex Consejero de la Comisión Nacional de Energía.

El arbitraje internacional de inversiones

El mundo cambia muy rápidamente. En general y en el sector energético en particular. Es cierto que los cambios son parte de la naturaleza humana y de las sociedades en las que los hombres se relacionan. Lo novedoso, inquietante o sorprendente, es la velocidad del cambio. Y a los juristas nos cuesta asimilar esa velocidad de cruce porque nuestros principios e instituciones suelen construirse sobre la base de muchos años de asimilación de conceptos jurídicos sobre los que se fundamentan nuestras fuentes del derecho, incompatibles, al menos teóricamente, con un mundo que requiere, cada vez más, respuestas inminentes a problemas nunca antes planteados.

A esta realidad innegable se une una economía globalizada. Y nos limitamos a decir economía en la medida que esa realidad material sustentada en una multiplicidad de transacciones internacionales de base económica, no ha ido acompañada de una gobernanza mundial que otorgue un marco jurídico adecuado, y acorde con los retos que plantea la globalización económica.

En efecto, las respuestas jurídicas a los conflictos que van ineludiblemente asociados al desarrollo de cualquier tipo de actividad económica, siguen teniendo una base eminentemente nacional, tanto en cuanto a la normativa aplicable como a la jurisdicción que dirime las controversias.

No obstante, la insuficiencia o la falta de suficientes garantías de protección al inversor extranjero han ido llevando paulatinamente al desarrollo de una nueva jurisdicción internacional en la que los actores ya no son exclusivamente los viejos Estados, sujetos tradicionales del derecho internacional público, sino los propios agentes económicos que litigan o demandan a esos mismos Estados cuando las decisiones que éstos en determinados casos adoptan, afectan negativamente a sus inversiones.

Nace, pues, frente al comúnmente conocido arbitraje internacional de comercio, institución típica del derecho internacional privado, una nueva forma de proteger la seguridad jurídica del inversor internacional, que se ha denominado Derecho Internacional de Inversiones. El Derecho Internacional de Inversiones se fundamenta en los Tratados Multilaterales o Bilaterales de Inver-

siones (*Multilateral or Bilateral Investment Treaties*), suscritos por los Estados pero que tienen como destinatarios a los ciudadanos de los Estados signatarios que llevan a cabo inversiones en los otros Estados miembros del Tratado, bajo la consideración de inversionistas extranjeros.

La doctrina resalta que la proliferación de los Tratados Multilaterales o Bilaterales de Inversiones parte de una doble insuficiencia jurídica. En primer lugar, el recelo del inversor extranjero a la protección que la legislación y la jurisprudencia nacional pudieran otorgarle. La falta de conocimiento de la normativa aplicable, el riesgo político antes los cambios normativos o las dudas sobre la imparcialidad e independencia de los Tribunales nacionales encargados de proteger al inversionista, son factores que limitan o restringen la voluntad del inversor de acometer y desarrollar proyectos complejos o que requieren un esfuerzo financiero importante. En segundo lugar, la dificultad del derecho internacional público para canalizar adecuadamente a través de conflictos bilaterales entre Estados la protección del inversor privado cuya vinculación nacional no siempre es fácil de determinar o precisar. El caso de Barcelo-

na Traction¹ suele ponerse de manifiesto como ejemplo de esta falta de capacidad del derecho internacional público para otorgar una pronta y adecuada satisfacción.

A través del Derecho Internacional de Inversiones, el inversor extranjero adquiere, pues, la protección jurídica de la que antes no poseía. Razón por la cual no es de extrañar que en un período relativamente corto de tiempo, el número de Tratados Multilaterales de Arbitraje hayan crecido de forma exponencial, poniendo de relieve que es un instrumento útil y cada vez más determinante para dar cobertura jurídica al inversor que necesariamente tiene que adoptar decisiones de inversión en un mundo globalizado.

Ahora bien la generalización de este mecanismo jurídico para resolver los conflictos internacionales comienza a suscitar, en la medida que se sustenta no sólo sobre específicos procedimientos de resolución de las controversias (arbitrajes de inversiones) sino igualmente sobre principios e instituciones jurídicas creadas al amparo de una jurisprudencia arbitral cada vez más amplia, cuestiones de justicia y equidad en la forma en que dichos conflictos puedan resolverse. En efecto, la cobertura del potencial trato discriminatorio hacia el inversor extranjero puede convertirse, sin que nadie voluntariamente lo haya buscado, en un trato discriminatorio para el inversor nacional, aunque sólo fuera

por el hecho de que el inversor extranjero gozaría de una potencial doble protección de la que carece el inversor nacional, la protección nacional y la internacional.

Esta alternativa procedimental o capacidad de elección del mecanismo de protección, no tendría mayores consecuencias si los principios que inspiran la cobertura de la situación jurídica del inversor, esencialmente el tradicional principio de la seguridad jurídica, y el más recientemente elaborado de la confianza legítima, tuvieran un paralelo desarrollo en ambas jurisdicciones. Pero esto no ha ocurrido ni previsiblemente ocurrirá, entre otras razones porque aun cuando pudiera parecer que existe una similitud conceptual, los fundamentos sobre los que se construye jurisprudencialmente los principios son muy diferentes en el ámbito nacional e internacional, y, en mayor medida, la aplicación práctica de los mismos.

Este es precisamente el objeto del presente trabajo. Poner brevemente de manifiesto en qué medida los principios que garantizan la protección del inversor no están desarrollándose ni de forma simétrica ni en paralelo en el ámbito nacional e internacional, provocando una situación de cierta perplejidad conceptual, en especial en un mundo caracterizado, cada vez más y con mayor intensidad, por una desaparición paulatina de las fronteras económicas, di-

ficilmente compatible con la existencia de compartimentos jurídicos estancos basados en la nacionalidad del inversor. Pero para profundizar en el problema es necesario describir, aun cuando sea brevemente, algunos aspectos propios del sector energético y de la controversia en donde la realidad descrita se ha puesto de manifiesto de un modo relevante, la reforma del régimen de las energías renovables en España.

La Carta de la Energía

El Derecho Internacional de Inversiones tiene en el sector energético una fuente inagotable de casos o supuestos en los que desarrollarse. No en vano la energía constituye posiblemente el sector económico en el que las inversiones extranjeras adquieren una mayor dimensión, por su trascendencia, complejidad y cuantía. Adicionalmente, en la medida que los retornos para cubrir los costes de inversión, financiación y operación de dichas inversiones se fundamentan en ingresos sujetos a una profunda regulación, los riesgos asociados a una discrecional decisión del regulador son más intensos que en otros sectores.

En este contexto, uno de los Tratados Multilaterales de Inversiones más conocido, en particular en España por las razones a las que posteriormente aludiremos, ha sido la Carta de la Energía.

¹ En el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Bélgica, actuando al amparo de una compañía canadiense pero cuyas acciones correspondían a unos ciudadanos belgas, demandó al Reino de España ante la Corte Internacional de Justicia, por un caso de expropiación. La Corte, mediante una decisión de 5 de febrero de 1970, rechazó la demanda por entender que bajo el Derecho Internacional no es posible la protección del Estado del cuál los accionistas son ciudadanos. Sin embargo, Canadá tampoco otorgó su protección, pues para el país el simple registro de la compañía no era suficiente para amparar su protección, dado que se necesitaba que hubiera algún vínculo económico adicional sustancial con dicho país. Esta falta de cobertura por uno u otro Estado justificó la necesidad de atribuir la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante los Tribunales Internacionales.

La Carta de la Energía nace a comienzos de la década de los noventa² del anterior siglo, con el objetivo de ampliar los mecanismos de cooperación energética ente los países de la Comunidad Económica Europea y los de la antigua Unión Soviética³. Pero al mismo tiempo, teniendo en cuenta las características, objetivos y los principios sobre los que reposa la Carta, su alcance se extiende también geográficamente a otros países, fundamentalmente en la órbita de los acuerdos internacionales, y particularmente de los miembros de la OCDE⁴.

No cabe olvidar, al reseñar las razones de su creación, los sostenidos pero infructuosos esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la Europa comunitaria con el fin de adoptar

una auténtica política energética común. Fracasados todos los ensayos anteriores a la puesta en marcha de la iniciativa de la Carta, cabría también afirmar que este instrumento internacional persigue la creación, entre otros objetivos, de un espacio europeo de la energía, de una suerte de política energética metaeuropea, si bien los autores de la Carta se apresuran a señalar que no es su intención establecer tal tipo de previsiones políticas. Lo cierto, sin embargo, es que la Comunidad Europea inspira la creación de este Acuerdo.

Designado pues con el propósito de crear un marco legal regulador de las relaciones energéticas internacionales en los ámbitos antes descritos⁵, el subyacente del Acuerdo

es la búsqueda de un adecuado *trade-off* entre las infraestructuras y recursos energéticos propios de unos países (los antiguos Estados de la Unión Soviética), y las capacidades tecnológicas y de asistencia técnica, regulatoria y financiera –además del apoyo político correspondiente a un contexto de estabilidad política y prosperidad económica– de los países de la Unión Europea. Una suerte de *swap* entre seguridad de los aprovisionamientos y capacidad tecnológica que precisa, como es obvio, de respeto al orden jurídico internacional, y lo que es esencial a los efectos que nos interesan, la protección jurídica del inversor extranjero y el acceso a los capitales transnacionales, todo ello en el encuadramiento institucional adecuado.

² En la reunión del Consejo Europeo en Dublín en junio de 1990, el Primer Ministro de los Países Bajos sugirió que la recuperación económica de Europa del Este y en la, por entonces, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, podía catalizarse y acelerarse a través de la cooperación en el sector energético. Esta sugerencia fue acogida por el Consejo, que invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a estudiar la mejor manera de establecer esta cooperación. En febrero de 1991, la Comisión propuso la idea de una Carta Europea de la Energía. Tras la discusión de la propuesta de la Comisión en el Consejo de las Comunidades Europeas, las Comunidades Europeas invitaron a los demás países de Europa Occidental y del Este, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y a los miembros no europeos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos a asistir a una conferencia en Bruselas en julio de 1991 con objeto de iniciar negociaciones acerca de la Carta Europea de la Energía. A la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía fueron también invitados en calidad de observadores otros países y organizaciones internacionales. Las negociaciones sobre la Carta Europea de la Energía finalizaron en 1991, y la Carta fue adoptada mediante la firma de un Documento Final en una conferencia celebrada en La Haya los días 16 y 17 de diciembre de 1991. Los signatarios de la Carta fueron, entonces o después, todos los enumerados en la parte I, salvo los observadores.

³ Ver “Carta de París para la nueva Europa” firmada el 21 de noviembre de 1990.

⁴ La última sesión plenaria de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía tuvo lugar en Lisboa los días 16 y 17 de diciembre de 1994. Participaron en la Conferencia representantes de la República de Albania, la República Federal de Alemania, la República de Armenia, Australia, la República de Austria, la República Azerbaiyana, el Reino de Bélgica, la República de Bielorrusia, la República de Bulgaria, Canadá, la República de Chipre, las Comunidades Europeas, la República de Croacia, el Reino de Dinamarca, la República de Eslovaquia, la República de Eslovenia, el Reino de España, los Estados Unidos de América, la República de Estonia, la Federación Rusa, la República de Finlandia, la República Francesa, la República de Georgia, la República Helénica, la República de Hungría, Irlanda, la República de Islandia, la República Italiana, Japón, la República de Kazajstán, la República de Kirguizistán, la República de Letonia, el Principado de Liechtenstein, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, la República de Moldavia, el Reino de Noruega, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia, la República Portuguesa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, Rumania, el Reino de Suecia, la Confederación Suiza, la República de Tayikistán, Turkmenistán, la República de Turquía, Ucrania y la República de Uzbekistán (en adelante denominados los representantes), así como observadores invitados de algunos países y organizaciones internacionales.

⁵ El Preámbulo del Tratado de la Carta señala que el concepto básico de la iniciativa de la Carta consiste en catalizar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio de la energía.

En consecuencia, el acceso al capital para la financiación del comercio de materias y productos energéticos y las inversiones en actividades económicas en el sector de la energía constituyen una de las principales finalidades objeto de regulación en la Carta. En este sentido, se establece una serie de medidas destinadas a proteger las inversiones de Entidades tanto públicas como privadas en cualquiera de los Estados signatarios de la Carta, de modo que tales inversiones no estén a expensas de los cambios políticos, legislativos o de otro tipo. Con dicha finalidad, la Carta de la Energía fija ciertos requisitos jurídicos que se encuentran en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversiones, pudiendo destacarse, a nuestros efectos, dos artículos que consideramos básicos en relación a esta cuestión:

a) En primer lugar, el artículo 10, relativo al régimen de transparencia y no discriminación.

El primer apartado del artículo 10 establece la obligación de las partes contratantes de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes contratantes realicen inversiones en su territorio.

Adicionalmente dicho artículo establece el compromiso de las partes contratantes de conceder en todo momento *"un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversores de otras partes contratantes"*, así como la obligación que asume cada una de

las partes de conceder a los inversores de las otras partes contratantes el mismo trato que los nacionales de dicho país en cuanto haga referencia a la realización de inversiones en su territorio⁶.

b) En segundo lugar, el artículo 13 relativo al principio de legalidad y régimen jurídico de expropiación.

El artículo 13 prohíbe la expropiación, definiéndola como nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto similar a la nacionalización o a la expropiación, excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:

- Por un motivo de interés público;
- De manera no discriminatoria;
- Con arreglo al debido procedimiento legal; y
- Mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

Asimismo el artículo 13 precisa que el importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión. Además el inversor tendrá derecho a que este justo valor de mercado sea expresado en una divisa libremente convertible.

Estos dos principios, comunes a la mayoría de los Tratados Multilaterales o Bilaterales de Inversión son el fundamento de la pro-

tección que dichos Tratados y, en particular, la Carta de la Energía, otorgan a los inversores internacionales.

La aplicación del mecanismo de protección proporcionado por la Carta de la Energía está teniendo una especial importancia en España, y puede tenerlo igualmente en otros países, como consecuencia de la reforma del régimen de las energías renovables, lo que requiere que, aun cuando brevemente, hagamos una referencia a los presupuestos jurídicos que han caracterizado dicha reforma.

La reforma del régimen de las energías renovables

Como es bien conocido, las instalaciones de generación de energía eléctrica sujetas al régimen especial tenían reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a un régimen retributivo primado (bien mediante el cobro de una tarifa o a través de la percepción de una prima adicional al precio de mercado) sustentado en diversas normas que se fueron sucesivamente modificando y que culminaron con el modelo establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo⁷.

Al margen de otros aspectos regulatorios ajenos al ámbito del presente trabajo, el régimen primado se caracterizaba por fijar determinados plazos temporales para la aplicación del mecanismo de retribución especial, y por el establecimiento de un principio de irretroactividad de cualquier

⁶ El apartado tercero del artículo 10 especifica que se entenderá por "trato" el trato concedido por una parte contratante que no es menos favorable que el concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra parte contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable.

⁷ El régimen económico y jurídico recogido en el Real Decreto 661/2007 es el último eslabón de una regulación que se inicia tras la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, con el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre y que se modifica, posteriormente, con el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo.

disposición que revisara el régimen tarifario, de forma que dicha revisión, sólo resultara aplicable, conforme indicaba el párrafo segundo del artículo 44.3 del Real Decreto 661/2007 a las *"instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión"*.

Sin entrar a valorarlo jurídicamente, no cabe duda de que el citado régimen de irretroactividad para futuras revisiones del régimen especial no ha sido respetado. Y no lo ha sido pues es un hecho objetivo que a partir del año 2010 el Gobierno español, bajo la justificación de su obligación de acabar con el déficit tarifario, aprueba, entre otras, diversas disposiciones que, directa o indirectamente, modifican el mecanismo retributivo de las instalaciones sujetas al régimen especial, no sólo respecto a las futuras instalaciones sino igualmente respecto a las instalaciones existentes.

Como hemos indicado, esta reforma no ha sido fruto de una decisión puntual, sino que ha venido produciéndose de forma progresiva, que podemos dividir, a efectos expositivos, en tres fases.

Fase inicial: Las modificaciones en el régimen especial de las instalaciones fotovoltaicas

La reforma inicial del régimen aplicable a las energías renovables se concretó en di-

versas normas adoptadas por el Gobierno a finales del año 2010 respecto a instalaciones acogidas al régimen especial regulado en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo (actualmente extinguido, sin perjuicio del régimen transitorio previsto en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico).

En particular, la reforma se concretó en el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regularon y modificaron determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial al eliminar la retribución reconocida conforme al Real Decreto 661/2007 a partir del año 26º de vida útil de la instalación, momento a partir del cual se percibiría el precio de mercado, si la instalación siguiera en funcionamiento⁸.

Y en el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecieron medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, que amplió el derecho a percepción de tarifa regulada de 25 a 30 años; fijó las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada desde su entrada en vigor y hasta el 1 de enero de 2014 y limitó las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada en función de la zona en la que esté ubicada la instalación a partir de esta última fecha e impuso a todos los productores (incluidos los productores acogidos al régimen especial) la obligación de retribuir peajes de acceso por el vertido de energía a las redes de transporte y distribución.

Fase intermedia: introducción de un nuevo impuesto sobre generación y sucesivas modificaciones del régimen retributivo de las instalaciones acogidas al régimen especial

En una segunda fase del proceso, la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética creó el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 15/2012, *"el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central a través de cada una de las instalaciones que genera electricidad"* tal y como se definía en el Título IV de la Ley 54/1997, de Sector Eléctrico. En otras palabras, cualquier instalación de generación eléctrica, incluyendo tanto las sujetas al régimen ordinario como al régimen especial.

En consecuencia, tras la entrada en vigor del impuesto sobre el valor de la producción eléctrica a partir del 1 de enero de 2013, todos los ingresos que los titulares de instalaciones eléctricas tengan derecho a percibir como consecuencia del suministro de electricidad será gravado con un nuevo impuesto al tipo del 7%, con independencia de la tecnología empleada y el régimen (especial y ordinario) aplicable a la instalación.

⁸ Un mes después se aprobó igualmente el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica, que limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima equivalente respecto a dicha tecnología, impuso la obligación, durante al menos 12 meses, de venta a tarifa regulada para las instalaciones solares termoeléctricas, e impuso la revisión del régimen económico de las instalaciones solares termoeléctricas y de las eólicas sometidas al régimen especial.

A su vez, el Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, continuando con alguna de las medidas adoptadas durante el 2012 tuvo igualmente por objeto reducir (o más correctamente, evitar su incremento) el déficit tarifario, para lo cual, al margen de otros cambios puntuales en determinadas tecnologías, sustituyó el Índice de Precios al Consumo (IPC) general por el IPC a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos para la actualización de la retribución de aquellas tecnologías referenciada a dicho índice; eliminó las primas y los límites superior e inferior para todas las tecnologías del régimen especial en las que dichos conceptos no fueran igual a cero; y eliminó la posibilidad de opción por el régimen retributivo a tarifa o a mercado establecida en el artículo 24.4 del Real Decreto 661/2007.

Fase final: establecimiento de un nuevo régimen retributivo

Finalmente, el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, culminó el proceso de reforma, buscando, en palabras de la propia norma, lograr la estabilidad financiera del sector, reduciendo sus costes y tratando de garantizar el suministro al menor coste posible para el consumidor, para lo cual dicha reforma se sustentó sobre tres conceptos claves, *"empresa eficiente y bien gestionada"*, *"rentabilidad razonable"* y *"estabilidad financiera"*.

En consecuencia, con en el nuevo sistema desaparece el sistema de tarifas y primas, y se implanta un sistema de retribución basada en la participación en el mercado, en el que sólo se abonará una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que

una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. Para el cálculo de la retribución a una instalación específica se considerará para una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, los costes de explotación medios necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada. De esta manera se instaura un régimen retributivo sobre parámetros estándar en función de las distintas instalaciones tipo que se establezcan.

Estas instalaciones recibirán un complemento por sus costes de inversión basado en estándares por tecnologías garantizando una rentabilidad razonable basada en las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Los criterios que marcaron los hitos fundamentales en la reforma del régimen de energías renovables recogidas en el Real Decreto-Ley 9/2013 se confirman en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en las normas reglamentarias que la desarrollan, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos es la última pieza que completa el nuevo régimen de retribución de estas instalaciones.

En definitiva, con la nueva reforma, las instalaciones sujetas a este especial régimen retributivo que venían percibiendo una tarifa

o una prima prefijadas, van a percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía en el mercado (retribución a la inversión) y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo (retribución a la operación).

Una vez que las instalaciones superen la vida útil regulatoria de la instalación tipo dejarán de percibir la retribución a la inversión y la retribución a la operación, pudiendo mantenerse en operación percibiendo exclusivamente la retribución obtenida por la venta de energía en el mercado.

Como veremos a continuación, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado de manera concluyente sobre el alcance jurídico de lo que hemos llamado fase inicial de la reforma. No existen pronunciamientos ni sobre la fase intermedia ni sobre la fase final. Es cierto que existen aspectos de estas dos últimas fases que podrían cambiar el alcance de la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal. Pero también es cierto que existen bases para considerar que dicha jurisprudencia puede mantenerse incluso ante una reforma, como la que se ha producido en último lugar, que ha modificado con evidentes efectos retroactivos el régimen especial, en la medida que no sólo establece un sistema retributivo diferente para las instalaciones existentes respecto a la remuneración a percibir en ejercicios futuros sino que tiene también en cuenta para determinar la rentabilidad razonable los ingresos que las instalaciones percibieron en ejerci-

cios pasados⁹. Lo que nos exige analizar, si quiera brevemente, los principios generales que pudieran resultar aplicables a este proceso de reforma.

Principios generales aplicables a las reformas del régimen especial de las energías renovables.

Como hemos podido comprobar el resultado de las sucesivas reformas operadas en el régimen de las instalaciones de régimen especial ha supuesto un cambio radical en el sistema retributivo aplicable a dichas instalaciones, con un evidente efecto retroactivo, dado que, como indicábamos, el nuevo modelo resultará de aplicación no sólo a las instalaciones que se pongan en funcionamiento a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, sino igualmente a las instalaciones existentes, es decir a las instalaciones ya en funcionamiento.

La aplicación retroactiva de una norma jurídica suscita de forma inmediata el análisis de la posible vulneración de determinados principios generales, en particular, el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima.

El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, reconocido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución, ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en diversas sen-

tencias. En concreto, y como muestra representativa de otras muchas, la Sentencia 126/1987, de 16 de julio, asumiendo el esquema propio de la jurisprudencia constitucional alemana, afirmó:

“En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia número 26 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y del principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus Sentencias 27/1981 y 6/1983.

Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como

un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurran en cada caso, se convierte en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucional. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto, –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso entiendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Es de destacar que esta ponderación ha llevado al Tribunal alemán, desde su Sentencia número 27, de 19 de diciembre de 1961, a considerar, en principio, constitucionalmente legítimas las normas fiscales retroactivas cuando la ley pretende tener aplicación en el periodo impositivo dentro del cual entra en vigor...”.

⁹ Curiosamente la aplicación retroactiva del mecanismo de cálculo de la rentabilidad razonable no se ha utilizado en las modificaciones retributivas de aquellas infraestructuras que formando parte de actividades reguladas (transporte y distribución) han estado siempre sujetas a la posibilidad de un mecanismo revisorio. Llama la atención este aspecto en la medida que los fundamentos jurisprudenciales de la aplicación del principio de rentabilidad razonable, que luego analizaremos, se inspiran en la jurisprudencia aplicable a las “tarifas”, de servicios públicos, en su momento, de actividades reguladas, en la actividad. La generación de energía eléctrica régimen especial nunca ha sido un servicio público ni una actividad regulada. Aspecto, éste, no suficientemente analizado por el Tribunal Supremo y que pone de manifiesto la falta de un adecuado análisis, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, de la naturaleza de los ingresos percibidos por las instalaciones de generación de régimen especial.

Y concluye el Tribunal Constitucional:

“..... la aplicación retroactiva de la modificación introducida por la Ley 50/1998 ha afectado a la confianza de las sociedades destinatarias de la norma, que habían ajustado su conducta durante el año 1998 a la legislación vigente en dicho momento, en virtud de la cual quedarán eximidas de cotizar a la Seguridad Social por sus administradores retribuidos, sin que tal modificación resultara razonablemente previsible, lesionando, así, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). De acuerdo con nuestro canon de enjuiciamiento, quedará únicamente por analizar la eventual concurrencia de exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer, excepcionalmente, sobre el principio de seguridad jurídica.”

En consecuencia, y sin perjuicio de las lógicas matizaciones, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre los grados de retroactividad y las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto, de tal modo que la retroactividad auténtica¹⁰, aquella que afectaría a situaciones de hecho ya producidas, estaría, en principio, vedada al legislador, mientras que la licitud o ilicitud de la retroactividad impropia, aquella que incide sobre situaciones actuales aún

no concluidas, dependería de una ponderación de bienes a llevar a cabo caso por caso.

De la propia lectura de la Sentencia transcrita, o de otras posteriores en el mismo sentido del Tribunal Constitucional¹¹, se deduce algunas de las circunstancias que podrían conducir a una legítima modificación del ordenamiento jurídico con carácter retroactivo, como por ejemplo, la finalidad de la medida, las circunstancias relativas al grado de previsibilidad de la misma, su importancia cuantitativa y otras de carácter similar.

El principio de confianza legítima

Vinculado al principio de seguridad jurídica, la jurisprudencia nacional ha tenido también la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la aplicación del principio de protección de la confianza legítima, reconocido a nivel legislativo en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, en particular, en el marco del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración.

En general, el principio de confianza legítima podría considerarse una manifestación

del principio de seguridad jurídica, recibido en nuestro país por influencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y vinculado con el principio de buena fe cuando éste es aplicado a las relaciones mantenidas por el Estado con sus ciudadanos. De hecho, fue la STJCE de 13 de julio de 1963, la que utilizó, por primera vez el concepto de confianza legítima, pues si bien rechaza el recurso, reconoce la existencia de dicho principio, que se produce cuando la Administración Pública, mediante actos propios, ha determinado la conducta de terceras personas destinatarias de dicha actuación produciéndoles unos perjuicios como consecuencia de la misma.

Con posterioridad a dicha sentencia, cabe destacar, igualmente, la STJCE de 5 de junio de 1973, por ser la que admite, por primera vez, que el principio de confianza legítima había sido vulnerado al entender que la Administración incurre en una irregularidad por no cumplir sus promesas formales¹². Con posterioridad, el TJCE ha llegado a diferenciar dicho principio de otros, como el de no retroactividad, al confirmar, por ejemplo en la STJCE de 25 de enero de 1979, la existencia de una situación de confianza protegible aun cuando no se haya produ-

¹⁰ La doctrina civilista y el Tribunal Supremo han clasificado en ocasiones los grados de retroactividad, distinguiendo entre retroactividad de grado máximo, medio y mínimo. La de grado máximo se aplicaría respecto a todos los efectos de una situación creada al amparo de la ley anterior; estén consumados o no. La de grado mínimo, a todos los efectos nacidos con anterioridad, pero aún no consumados. Y la de grado mínimo sólo respecto a los efectos que surjan en el futuro, aunque la situación haya surgido conforme a la anterior norma. La retroactividad impropia a la que alude el Tribunal Constitucional englobaría tanto los supuestos de retroactividad de grado medio y mínimo.

¹¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 197/1992 y 173/1996, entre otras.

¹² Para un análisis de la evolución jurisprudencial, en particular en la Unión Europea, del concepto de confianza legítima, resulta recomendable el artículo de Javier E. Quesada Lumbreras, “Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: balance y perspectivas”, publicado en Civitas, Revista española de derecho administrativo, número 146, abril-junio 2010, páginas 417 a 467. En dicho artículo el autor reconoce que el principio de protección de confianza legítima ha sido aceptado en el ámbito comunitario sin gran dificultad, a diferencia de su problemática aceptación en los Estados miembros, donde su reconocimiento se ha hecho, en ocasiones, con cierta confusión respecto al principio de seguridad jurídica, de la irretroactividad o del de los derechos adquiridos.

cido un atentado explícito del principio de irretroactividad.

Reconocido el principio de confianza legítima, la evolución posterior de su jurisprudencia ha ido poco a poco decantando su ámbito de actuación, pero con una actitud de gran prudencia, aceptando sólo en escasos y manifiestos supuestos la prevalencia del principio de confianza legítima. Esta actitud prudente del TJCE ha sido la pauta que ha utilizado nuestro Tribunal Supremo al analizar en determinadas ocasiones la aplicación del principio de confianza legítima en España, en particular al juzgar los límites que tiene el poder ejecutivo respecto a su capacidad de modificar la normativa vigente introduciendo cambios en perjuicio de la posición jurídica de los administrados.

Representativa de este criterio de aplicación por parte del Tribunal Supremo del principio de confianza legítima, podemos citar, en particular, la STS de 11 de junio de 1996 que expresamente señala:

“Ni la falta de experiencia en la aplicación de un anterior Real Decreto, ni los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, invocados por los actores, pueden impedir a la Administración el derogarlo y dejarlo sin efecto, cuando así lo considera adecuado a los intereses generales y a una más fiel regulación de éstos; pues, como señala la jurisprudencia de esta Sala, citada por el Abogado del Estado (Sentencias de 23 de mayo 1985 y 22 octubre 1987), no existe principio de derecho, ni precepto legal alguno que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento jurídico de su esencial condición

dinámica y la oportunidad y acierto de una disposición general es materia que incumbe apreciar a los órganos administrativos dentro de un margen de discrecionalidad que esta jurisdicción debe respetar”.

Para continuar señalando nuestro más Alto Tribunal indicando:

“... alude la demanda a que “los actores, todos ellos, se inscribieron para acceder al ejercicio público y privado de la misma en las condiciones legales y reglamentarias establecidas en aquel momento”, y en relación con esta premisa invoca el principio, de construcción europea, de la protección de la confianza legítima. Principio, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficiente para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puedes ser modificada en el marco de la facultad de

apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.”

En definitiva, si bien el principio de confianza legítima es ya reconocido plenamente como un principio susceptible de ser invocado al juzgar la posible inconstitucionalidad o ilegalidad de una determinada modificación del marco jurídico preexistente, en la medida que la nueva norma resulte contraria a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en el régimen preexistente, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, la aplicación del citado principio está siendo aplicado con gran prudencia tanto por parte del TJCE como por parte de nuestro más Alto Tribunal.

La aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en relación con la reforma del régimen especial de las energías renovables

Como consecuencia de la implementación de la reforma del régimen de las energías renovables, el Tribunal Supremo ya ha tenido la ocasión de valorar si los dos principios a los que acabamos de aludir, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima, resultan o no aplicables. Este análisis, como hemos indicado previamente, ha sido, hasta el momento, limitado, en la medida que sólo existen pronunciamientos relativos a las disposiciones que han configurado lo que hemos denominado fase inicial de la reforma. Es, pues, pronto para determinar si tales principios pueden considerarse vulnerados o no por las posteriores fases de la misma, en particular por la fase final, que supone una auténtica supresión del régimen retributivo preexistente y su sustitución por uno nuevo.

En concreto, en sucesivas sentencias¹³, el TS ha declarado expresamente que las modificaciones normativas que suponen una reducción de la retribución a las instalaciones de producción de energía fotovoltaica (fase inicial de la reforma) no son contrarios al Derecho comunitario, ni a los tratados internacionales de los que España es parte, no vulneran el principio constitucional de seguridad jurídica y confianza legítima, no incurrir en irretroactividad prohibida, no constituyen arbitrariedad de los poderes públicos, no tienen carácter confiscatorio y no lesionan derechos adquiridos por los titulares de instalaciones fotovoltaicas.

En particular, el Tribunal Supremo¹⁴ niega que los recurrentes ostenten un derecho a mantener la retribución primada con cargo al sistema eléctrico y declara que las modificaciones que suponen una reducción de sus cuentas de resultados vulneren el principio de seguridad jurídica y confianza legítima si pueden calificarse de previsibles en función de circunstancias no contempladas expresamente por el regulador pero sí conocidas por el sector en su conjunto, resultan razonables dadas las circunstancias de la economía en general y del sector eléctrico en particular (consecución de objetivos de potencia instalada, desbordamiento del déficit tarifario que amenaza la sostenibilidad del sector) y resultaban, –o debían resultar–, previsibles para un inversor informado o debidamente asesorado. Igualmente señala el Alto Tribunal que el principio de estabilidad de las inversiones no equivale

a la petrificación del marco regulador ante cambios relevantes de circunstancias, siempre que las nuevas medidas no resulten exorbitantes o discriminatorias, consideradas no de forma aislada sino en el contexto del marco regulador aplicable ni cabe impedir una restricción sobrevenida de las condiciones retributivas iniciales, siempre que quede garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas.

Las propias palabras del Tribunal Supremo son especialmente reveladoras del alcance de la doctrina que nuestra más alta magistratura, a partir de las STS de 12 de abril de 2012, ha venido reiterando respecto al a fase inicial de la reforma. En concreto, señala el Tribunal Supremo:

“El valor de la “seguridad jurídica” no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho. La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente

*por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la “curva de aprendizaje” y la progresiva “madurez” del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta “paralela” en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos desde el inicial Real Decreto 661/2007 hasta el Real Decreto 1565/2010 (y sus modificaciones inmediatas) que es objeto del presente litigio. Incluso los perfeccionamientos técnicos (y económicos) pueden influir en la revisión de las decisiones iniciales. Por referimos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilovatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años si-*

¹³ Entre otras las STS de 12 de abril de 2012, de 18 de junio de 2012, de 31 de octubre de 2012, de 16 de noviembre de 2012, de 21 de noviembre de 2012, de 19 de diciembre de 2012, de 25 de junio de 2013, de 26 de junio de 2013, de 28 de junio de 2013, de 1 de julio de 2013, de 2 de julio de 2013, de 9 de julio de 2013, de 12 de septiembre de 2013, 13 de enero de 2014

¹⁴ Una descripción muy completa y sistemática de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre las modificaciones del régimen especial se encuentra en la Nota sobre Gestión del Conocimiento del Despacho Gómez-Acebo & Pombo Abogados, titulado “Guía del inversor inteligente o bien asesorado a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo que confirma los recortes a las retribuciones de las instalaciones fotovoltaicas”, elaborado por la profesora de la Universidad de Castilla La Mancha, Ana Isabel Mendoza Losana.

güentes, la implantación –o el cambio de los ya instalados– de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad. Es lógico que ante esta –o cualquier otra– modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la “seguridad jurídica”. El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones “finales”.

Para concluir:

“Pues, a menudo, un entendimiento excesivamente rígido del principio de seguridad jurídica o una comprensión muy expansiva del principio de irretroactividad pudiera llevar a pensar que las consecuencias de tales ajustes deben recaer exclusivamente en las nuevas instalaciones frente a las ya establecidas y autorizadas, creando así situaciones con diferencias entre las instala-

ciones (en concreto, en las primas y tarifas a las que tienen derecho) que no siempre son fácilmente justificables”.

Ahora bien, aun cuando las palabras del Tribunal Supremo puedan parecer concluyentes incluso respecto a las fases sucesivas de la reforma, no debemos olvidar que en gran medida la reforma objeto que ha sido objeto de análisis hasta este momento se limitaba en la mayoría de las ocasiones a la modificación de un régimen retributivo a aplicar dentro de 30 años, como se deduce de la siguiente reflexión de nuestro más Alto Tribunal:

“Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquella, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “hacia adelante”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos “reales” de la medida se producirán dentro

de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción “propia”.

Sin embargo, la reforma final no se limita a proyectar su eficacia respecto al futuro, en la medida que el cálculo de la rentabilidad razonable como pauta de determinar el régimen de retribuciones en años sucesivos, va a tener en cuenta, en el nuevo modelo, los ingresos obtenidos desde la puesta en funcionamiento de la instalación. En consecuencia, si bien el legislador no obliga a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa, descuenta de los flujos futuros el importe de dichas tarifas, lo que económicamente tiene el mismo efecto. Podríamos, por tanto, concluir, que si bien las palabras del Tribunal Supremo han sido precisas respecto a que no resulta contrario a los principios de seguridad y confianza legítima la modificación del régimen retributivo de las instalaciones acogidas al régimen especial, el control de la constitucionalidad de la fase final de la reforma sigue, probablemente, todavía abierto¹⁵.

¹⁵ Dos visiones contrarias al impacto constitucional de la reforma del régimen especial de las energías renovables pueden encontrarse en los artículos sobre “Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos”, de Eduardo Soler-Tapa, en Diario La Ley, número 7259, a favor de la constitucionalidad de la misma, y en “Riesgo regulatorio y Energías Renovables”, de Félix Plasencia, en la obra colectiva, “Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014”, Editorial Civitas.

Los principios que inspiran la Carta de la Energía

La aplicación de la doctrina de la expropiación indirecta.

La Carta de la Energía siguiendo criterios equivalentes a los de otros Tratados Multilaterales o Bilaterales de Inversiones protege al inversor internacional recogiendo entre su regulación, entre otros aspectos, la prohibición de la expropiación. Como hemos indicado el artículo 13 de la Carta de la Energía prohíbe la expropiación, salvo que, siguiendo los mismos principios que los textos constitucionales, esté fundada en un motivo de interés público, no sea discriminatoria, y conlleve el pago de una *fair and equitable compensation*, que se abone de forma rápida y efectiva.

Partiendo de este concepto la jurisprudencia arbitral, junto a la expropiación directa, que ocurre cuando el Gobierno nacionaliza una compañía o se atribuye la propiedad de un bien, ha acuñado el concepto de expropiación indirecta, que se produce cuando el Estado no se atribuye la propiedad del bien, pero lleva a cabo decisiones que conllevan una sustancial privación del bien mediante medidas que no existían previamente y resultan contrarias a las inicialmente existentes. La privación del bien (*deprivation*) puede ser física o puede afectar a los beneficios, al uso o control de una determinada inversión.

La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ha reconocido que el Estado pue-

de llevar a cabo expropiaciones indirectas de muchas maneras, si bien el análisis de en qué medida existe o no una expropiación indirecta sólo puede resolverse analizando el caso por caso¹⁶.

Si bien la jurisprudencia arbitral de inversiones ha analizado en reiteradas ocasiones la figura de la expropiación indirecta¹⁷, sólo existe un supuesto en el que, bajo la Carta de la Energía, se ha analizado la aplicación del concepto de expropiación indirecta, el caso *Nykomb*¹⁸, que cobra especial importancia, dado que la citada Carta no establece expresamente las notas que constituyen una expropiación indirecta.

En el caso *Nykomb*, el Tribunal Arbitral sólo analizó el efecto en la propiedad y en la gestión y administración de la propiedad para determinar que no hubo expropiación indirecta. En este supuesto, los inversores no sufrieron ninguna sustracción física o pérdida del control de su propiedad, sino que su perjuicio derivó de la pérdida de beneficios económicos. Ahora bien, el Tribunal Arbitral ignoró la práctica desarrollada internacionalmente de utilizar los impactos económicos sobre el inversor, o bien mediante la doctrina del único efecto o la de efectos mixtos, a la hora de decidir si se ha producido una expropiación indirecta. Sin una explicación convincente, el Tribunal optó por no utilizar ninguno de estos métodos a la hora de decidir sobre el control de los intereses de la propiedad. En su lugar, eligió un enfoque demasiado limitado, rechazando la demanda ante la ausencia de una acción gubernamental que implicara la

toma de control de los bienes del inversor, dejando al lado los efectos económicos de las acciones gubernamentales.

Si bien es posible que en futuras decisiones los Tribunales Arbitrales al amparo de la Carta de la Energía puedan alinearse más estrechamente con las tendencias generalizadas en la jurisprudencia internacional que admite de forma más generalizada la aplicación, al amparo del artículo 10 de la Carta, del concepto de expropiación indirecta, es mucho más probable que las demandas contra el Reino de España se formulen al amparo del artículo 10 (trato justo y equitativo), que analizaremos en el siguiente apartado.

La no existencia de un trato justo y equitativo al amparo del artículo 10 de la Carta de la Energía

El artículo 10 de la Carta de la Energía obliga a los países a tratar las inversiones de los extranjeros demandantes de forma justa y equitativa. Como el término trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) no está definido en la Carta Europa, debe ser interpretado de acuerdo a la buena fe y de conformidad con el significado ordinario y normal que ha de darse según su contexto y a la luz del objeto y propósito del citado Tratado.

El principio de un trato justo y equitativo ha adquirido importancia en el arbitraje de inversiones como consecuencia del hecho de que otros principios tradicionalmente previstos en el derecho internacional pue-

¹⁶ Existen dos aproximaciones jurisprudenciales al concepto de expropiación indirecta. En primer lugar la doctrina del "único efecto", que analiza los efectos de la acción gubernamental en la propiedad del inversor extranjero para determinar si ha existido o no expropiación indirecta. O la doctrina del "efecto mixto", conforme a la cual hay que completar el análisis de la doctrina del único efecto con factores adicionales, en particular si está justificado que la acción gubernamental no requiera una compensación al inversor.

¹⁷ En particular, en el caso de *Tippets vs TAMS-AFFA Consulting En'rs of Iran*, y en el de *Starrett Hous.Corp. vs Islamic Republic of Iran*.

¹⁸ *Nydomb Synergetic Tc. Holding AB vs República de Latvia*. Caso número 118/2001, en la Cámara de Comercio de Estocolmo.

den no ser apropiados en las circunstancias de cada caso. Esto sucede particularmente cuando los hechos sobre la disputa no permiten apoyar de forma concluyente la alegación de la expropiación directa o indirecta, pero, sin embargo, existen circunstancias que permiten ser apreciadas bajo un principio diferente con la finalidad de proporcionar la adecuada reparación cuando los derechos del inversor han sido violados.

Resulta evidente que debido a que el papel del trato justo y equitativo cambia caso por caso, a veces no es tan preciso como sería deseable. Aún así, permite ser utilizado en ausencia de mayores rupturas de los principios tradicionales del derecho internacional. Como resultado de todo ello, el concepto de trato justo y equitativo se ha consolidado como un principio en sí mismo, distinto y separado de otros principios, aunque en muchas ocasiones relacionado, y por tanto asegurando que la protección a la inversión esté plenamente garantizada.

En base a estas consideraciones, los Tribunales Arbitrales en materia de arbitraje de inversiones han aplicado el principio del trato justo y equitativo para proteger derechos de los inversores afectados por una acción estatal inconsistente, una modificación arbitraria del marco regulatorio, o cuando se producen interminables cambios normativos en detrimento de la actividad del inversor y la necesidad de asegurar un marco legal estable y predecible, o una violación de las expectativas legítimas, las cuales requieren un tratamiento que no menoscabe o limite las expectativas básicas sobre las cuales el inversor extranjero ha decidido realizar su inversión.

En un reciente Laudo de 19 de diciembre de 2013, dictado al amparo de la Carta de la Energía ("*Institute of SCC, Case 116/2010, Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group*

S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan"), el Tribunal Arbitral acepta la demanda por entender que la acción estatal no ha respetado la obligación de aplicar un trato justo y equitativo al inversor internacional. Los argumentos de los demandantes son relevantes de cuál es el alcance de este concepto y sus consecuencias.

En efecto, los demandantes manifiestan, tal y como el Laudo recoge en su antecedente, que el Tribunal debe entrar a valorar la manera en que los estándares de trato justo y equitativo han sido interpretados y aplicados bajo el derecho internacional por los numerosos Tribunales internacionales de inversión que han analizado tal criterio en los últimos años, en la medida que hay una gran jurisprudencia arbitral extensa que ha ido concretando el significado de trato justo y equitativo, prohibiendo determinadas conductas del Estado receptor de las inversiones contrarias a dicho principio.

En concreto, según los demandantes, las conductas prohibidas como contrarias al trato justo y equitativo incluirían, entre otras:

- Actuaciones que vulneren las legítimas expectativas del inversor respecto de su inversión.
- Conductas que generen un marco legal y entorno empresarial impredecible e inestable.
- Conductas que vulneren las garantías procesales o que constituyan un impedimento para acceder a la justicia, entre las que se incluyen (pero no solo) incorrectos o indebidos procedimientos judiciales y administrativos.
- Interferencias en las relaciones contractuales.
- Actuaciones que traten al inversor o a la inversión de forma incongruente y ambigua o con falta de transparencia.
- No informar al inversor con la suficiente

antelación de los actos impeditivos que puedan afectar a su inversión.

- Actuaciones discriminatorias.
- Conductas de acoso o coercitivas, y
- Conductas de mala fe.

Señalan los demandantes que la jurisprudencia relativa a inversiones, incluyendo el asunto de Gestión de Residuos vs México, confirma que la lista mencionada proporciona una visión muy precisa de lo que se consideran conductas prohibidas. En concreto, la decisión adoptada en el caso de Tecmed vs México muestra cuál es la línea que, sobre trato justo y equitativo, más frecuentemente siguen y aplican los Tribunales, incluyendo CMS, Azurix, MTD, Occidental, LG&E, BG, y Suárez.

Dicha línea jurisprudencial dice expresamente:

"El principio de trato justo y equitativo exige a las partes contratantes que den a las inversiones internacionales un trato que no afecte a las expectativas básicas que fueron tenidas en cuenta por el inversor extranjero a la hora de decidir invertir. Así, el inversor extranjero espera que el país receptor actúe de forma consistente, lejos de toda ambigüedad y completamente transparente en sus relaciones con él, de forma que pueda conocer de antemano todas y cada una de las normas que regularán sus inversiones, así como los objetivos de las principales políticas, prácticas o directivas administrativas, para de esta forma poder planificar sus inversiones y cumplir con la ley. El inversor extranjero también espera que el país receptor actúe consistentemente, por ejemplo, sin revocar de forma arbitraria cualquier decisión o permiso que hubiera sido otorgado y sobre el que el inversor extranjero hubiera asumido sus compromisos y hubiera planificado y lanzado sus actividades comerciales. El

inversor extranjero también espera que el Estado use los instrumentos legales que rigen las actuaciones del inversor y sus inversiones de conformidad con el uso habitual de esos instrumentos, y no para privar al inversor de su inversión sin la correspondiente indemnización”.

Adicionalmente, los demandantes confirman que no es necesario que se hayan agotado todos los recursos internos del país para poder aplicar el principio de trato justo y equitativo. En particular, el agotamiento de los recursos del país es un factor que ayuda a determinar si el trato del Estado fue o no justo, pero no es un pre-requisito. En cualquier caso, este requisito (incluso si existiera) no se aplicaría en aquellos casos en los que utilizar los recursos del país sea en vano.

Las reclamaciones contra el Reino de España al amparo de la Carta de la Energía como consecuencia de la reforma del régimen especial de las energías renovables

La Carta de Energía otorga a los inversores internacionales tres opciones para las reglas y el foro para plantear un arbitraje al amparo de la Carta. Los inversores pueden elegir presentar su reclamación ante (i) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), institución arbitral afiliada al Banco Mundial; (ii) un procedimiento *ad hoc* de arbitraje regulado por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o (iii) el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).

Teniendo en cuenta dichas previsiones, diversos fondos de inversión institucionales y compañías energéticas internacionales ya han anunciado que presentarán y, en algunos casos ya han presentado, demandas de arbitraje internacional contra el Estado Español por razón de las sucesivas reformas operadas en el régimen especial de las energías renovables. En tales arbitrajes, los demandantes están reclamando y reclamarán indemnizaciones en cuantías muy elevadas, como consecuencia de los recortes y modificaciones retroactivas que, a partir de diciembre de 2010, el Gobierno ha aprobado.

A efectos de analizar el alcance que pueden tener estos arbitrajes es importante tener en cuenta algunas consideraciones.

En primer lugar, resulta sorprendente que sea la segunda vez en la historia que la Carta de la Energía se invoca contra un país de Europa occidental, ya que, hasta ahora, la mayoría de las reclamaciones se habían dirigido contra los países que pertenecían a la ex Unión Soviética.

Igualmente cabe destacar que, aun cuando, como hemos podido analizar, ya existe una jurisprudencia que va paulatinamente consolidándose respecto al alcance de algunos principios, como el de trato justo y equitativo, resulta también evidente que el arbitraje relacionado con tratados de inversiones es un campo nuevo en el derecho internacional que solamente ha existido de manera sustancial durante apenas dos décadas.

En tercer lugar, en el arbitraje internacional, a diferencia de la jurisprudencia nacional y comunitaria, no existe la regla de *stare de-*

cisis, incluso para cuestiones resueltas. Si bien los Tribunales Arbitrales en virtud de Tratados de Inversión están naturalmente influenciados por decisiones anteriores de tribunales similares, no existe una norma bajo el derecho internacional que requiera que las decisiones anteriores se les deban atribuir un significado o efecto vinculante. Por lo tanto, es posible guiarse por decisiones previas para poder evaluar los argumentos probables y su posibilidad de éxito, pero no es posible predecir con precisión como fallará un determinado Tribunal Arbitral.

Y, por último, también hay que tener en cuenta que los Tribunales en virtud de Tratados de Inversión, como la Carta de la Energía, habitualmente se componen de tres letrados internacionales que provienen de distintas culturas jurídicas. Los antecedentes individuales, diferencias culturales y relaciones de trabajo entre los tres miembros de un tribunal arbitral pueden también afectar de forma intensa cualquier cuestión a resolver en el futuro.

Como consecuencia de todo lo indicado, teniendo adicionalmente en cuenta que la reforma del régimen especial de las energías renovables ha tenido diversas fases, de distinto alcance y contenido, cabe concluir que el resultado de los arbitrajes internacionales iniciados contra el Reino de España al amparo de la Carta de la Energía presenta un grado muy elevado de incertidumbre. Y que, con total probabilidad, por las razones apuntadas previamente, no irá parejo, ni en cuanto al tiempo, desarrollo, argumentos, principios aplicables y resultado obtenido, a las decisiones que puedan adoptarse en el ámbito interno.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de describir de forma sucinta los distintos principios jurídicos que tanto en el ámbito nacional como en el internacional van a ser utilizados para enjuiciar en procedimientos de diverso alcance y contenido, la licitud o ilicitud de la profunda reforma adoptada por el Gobierno español respecto al régimen especial de las energías renovables.

No cabe duda que todos estos principios (seguridad jurídica, confianza legítima, expropiación indirecta, trato justo y equitativo), parten de un tronco común en cuanto al bien que tratan de proteger, la defensa de los administrados, en nuestro caso inversores en instalaciones de energías renovables, ante previsibles conductas regulatorias que vulneren sus legítimas expectativas. Pero, lamentablemente, no deja de ser un tronco común que va contemplando como sus ramas cobran vida propia y van desarrollándose conforme a su propia naturaleza, influenciados por los distintos ámbitos territoriales en donde se mueven, nacional, comunitario o internacional y la naturaleza de los órganos encargados de su enjuiciamiento (Tribunales nacionales o europeos, Tribunales arbitrales).

Posiblemente sea muy pronto para valorar los impactos de esta proliferación, justificada en su origen, de mecanismos de resolución de conflictos, pero resulta, al menos chocante, que en un momento en el que las fronteras desaparecen en el comercio internacional y en el que los flujos de inversiones no obedecen a referencias nacionales, se desarrollen lentamente compartimentos estancos en el mecanismo de enjuiciamiento de las decisiones gubernamentales, que pueden llegar a discriminar en función de la nacionalidad de origen, y llegar, sin ninguna justificación, a resultados distintos según la nacionalidad del inversor.

Resultaría cuanto menos desconcertante para una racional aproximación económica y totalmente injusto desde una perspectiva jurídica, que por aplicación de los distintos principios que hemos venido analizando, en cada respectiva jurisdicción, un determinado tipo de inversores, en igualdad de comportamiento, tuviera amparo en cuanto a sus reclamaciones y otros no. ■