

Práctica arbitral

Recibido: 5 abril 2016
Aceptado: 8 junio 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 465–498

Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo

José Eugenio SORIANO *

José Luis IRIARTE **

Resumen: Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo

El laudo de 21 de enero de 2016 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, se refiere por vez primera al régimen regulatorio español sobre generación fotovoltaica. Es una consecuencia directa de la firma por el Reino de España de la Carta de la Energía, que da respaldo al arbitraje sobre las partes contratantes, esto es, el propio Estado. Se rompe así la tendencia tradicional a eximir a los Estados de someterse a Arbitraje y se inicia un paso hacia su consolidación como medio de resolver disputas en el ámbito internacional dando confianza a los inversores. Este laudo tiene un alcance limitado ya que se refiere sólo a las normas hasta 2010 pero no incluye la posterior y esencial norma de 2013, que será objeto de discusión en futuros arbitrajes. No constituye pues un precedente, lo que el propio laudo se encarga de subrayar. Dictado por mayoría de dos votos que dan la razón al Reino de España, que contó con la Comisión Europea como *amicus curiae*, existe Voto Particular, en el que se afirma la vulneración del principio de confianza legítima. A nuestro juicio, es cuestionable la afirmación de la mayoría de que el planteamiento de una “cuestión de constitucionalidad” o la posible exigencia a través de otro pleito de “responsabilidad patrimonial de la Administración”, sean técnicas suficientes para garantizar y realizar el principio de la Carta de que han de existir remedios suficientes para garantizar las inversiones. Habrá que esperar a futuros laudos para comprobar la bondad definitiva de éste.

Palabras clave: ENERGÍA — TRATADOS INTERNACIONALES — ARBITRAJE SOBRE PROTECCIÓN DE INVERSIONES — CONFIANZA LEGÍTIMA — TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. REMEDIOS EFICACES DE PROTECCIÓN DE

* Catedrático Derecho Administrativo. Universidad Complutense.

** Catedrático de DIPr. Universidad Pública de Navarra.

Consejeros Académicos de Lupicinio International Law Firm.

INVERSIONES – LIMITACIÓN DEL ALCANCE DE LOS ARBITRAJES – RETROACTIVIDAD – DERECHOS ADQUIRIDOS.

Abstract: Reflections on the Decision Final on Procedural Matters issued on January 21, 2016 (Kingdom of Spain, Photovoltaic case) with Summary

The judgment handed down 21 January 2016 by the Stockholm Chamber of Commerce refers for the first time to the Spanish regulation regarding photovoltaic generation. This is a direct consequence of the recent ratification by Spain of the Energy Charter. The Energy Charter therefore binds the parties to the arbitration, in this case the state of Spain itself. It thus breaks the traditional tendency to exempt States from submission to arbitration and is a step towards arbitration's consolidation as an attractive means of international dispute resolution; giving confidence to investors. This award is limited in scope because it refers only to the standards in place prior to 2010 but does not include the later and essential standard of 2013, which will be the subject of future arbitrations. It does not therefore represent a precedent, which the award itself makes a point of underlining. Granted by a majority of two votes in favour of the Kingdom of Spain, including the European Commission as amicus curiae, there is a dissenting opinion, which states that the principle of legitimate expectation was breached. In our view, the majority assertion that this case raises a "question of constitutionality" or the possible requirement through another lawsuit for "patrimonial responsibility of the Administration" is questionable, there being sufficient techniques to ensure and realize the principles of the Charter of which there must exist sufficient remedies to ensure investments. We will have to wait for future awards to verify the ultimate success of this one.

Keywords: ENERGY. INTERNATIONAL TREATIES – ARBITRATION INVESTMENT PROTECTION – LEGITIMATE EXPECTATIONS – EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION – EFFECTIVE INVESTMENT PROTECTION REMEDIES – LIMITING THE SCOPE OF ARBITRATION – RETROACTIVITY – ACQUIRED RIGHTS.

1. Este importante Laudo*, merecerá comentarios variados, fijándonos ahora solamente, en algunos aspectos de índole procesal, que tienen interés para la doctrina general del arbitraje como institución que afecta claramente también a la Administración. En este caso, la parte demandada es el Reino de España.

Como nota previa, cabe indicar que son elementos previos, de un lado, una jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo, casi constante y persistente, que deniega la aplicación del principio de confianza legítima, y afirma el concepto de riesgo del inversor, pese a no figurar en norma alguna, construyendo su tesis a partir de un puro razonamiento económico y psicológico, contrario resueltamente a lo establecido en la Ley 30/1992. De otro lado, una Carta de la Energía que firma el Reino de España y que supone someterse a arbitraje, algo insólito para nuestra Administración y desde luego para el propio Estado como sujeto de Derecho internacional (sometido a un arbitraje *ceteris paribus* con los privados), pero no insólito en el ámbito de las inversiones extranjeras. Asimismo, una posición del Derecho europeo, coincidiendo tanto la Comisión como el propio Parlamento, en incidir en que corresponde la solución de estos conflictos a los Tribunales Europeos, y con intento de desconocimiento tanto del arbitraje como de los tratados bilatera-

* Vid. el texto en <http://www.minetur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2016/documents/laudo%20final%20arb%20062-2012.pdf>.

les de protección de inversiones (que básicamente se consideran pensados para los antiguos países del Este); si bien hay que decir que tal posición es rechazada por los Tribunales Arbitrales. Finalmente, cabe añadir que lo que se examina ahora es el conjunto normativo complejo que se estableció hasta 2010, quedando fuera de discusión la normativa ulterior de 2012, 2013 y 2014, lo que supone que el tema sigue abierto en medida no desdeñable.

Naturalmente, no entraremos en estos momentos, en el análisis, de las Sentencias del Tribunal Constitucional (últimamente, Pleno. Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (*BOE*, 22-I-2016). Pleno. Sentencia 19/2016, de 4 febrero 2016 (*BOE*, 7-III-2016) que son posteriores claramente a las normas objeto de este Laudo. Y asumimos así las que genéricamente incluye, por referencia, este fallo arbitral.

2. Como se indica en la Introducción del Laudo (Resumen de Hechos. V.A.)

“La presente controversia se refiere al régimen regulatorio aplicado por el Reino de España a los sistemas de generación de electricidad basados en energía solar fotovoltaica. La producción eléctrica a través de energía solar fotovoltaica, al ser un sistema basado en energías renovables, se encuentra regulada mediante un régimen especial que incluye incentivos y subvenciones. España, entre otras medidas, estableció un sistema de primas y de tarifas reguladas para retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico. En resumen, los Demandantes se quejan de que luego de haber atraído a su inversión en el área de generación fotovoltaica, la Demandada modificó ilegalmente el régimen especial que regula esta industria, causándole diversos daños”.

3. Se inserta este Laudo en un contexto más amplio, ya que de un lado, y precisamente sobre la aplicación de la normativa recaída sobre la instalación fotovoltaica en nuestro país, existen, además de numerosos pleitos ante la Jurisdicción nacional, otros múltiples supuestos de arbitraje ante distintas organizaciones, siendo quizás el CIADI el que más ha sido solicitado como organismo de resolución de conflictos (al menos hay 24 conflictos pendientes de laudo arbitral). Asimismo, hay que recordar que el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (al menos otros tres), conocerá probablemente, de arbitraje en relación con controversias que no han quedado resueltas en el presente Laudo por expresa voluntad de las partes demandantes.

4. Como bien explica el Tribunal Arbitral (párrafo 395) “... es oportuno recordar que las Demandantes han limitado el objeto de la presente controversia al carácter supuestamente ilícito del Real Decreto 1565/2010 y del Real Decreto Ley 14/2010 y han decidido excluir de sus reclamaciones el Real Decreto 9/2013 y la legislación subsiguiente. Así que las demandas se han limitado a las consecuencias de las normas de 2010, mientras que las reclamaciones con respecto a las normas posteriores han sido sometidas por distintas compañías de su grupo a otro Tribunal Arbitral”. Es importante pues, subrayar la limitación con la que opera esta controversia y el laudo que la resuelve.

5. También es significativo, que en el párrafo 542 de su Laudo, el Tribunal Arbitral, afirme taxativamente, cuando concluye que las Demandantes, como veremos, no han alegado ni demostrado violación alguna de España de asegurar protección y seguridad completas que: “ Al llegar a esta conclusión, el Tribunal Arbitral por supuesto no pretende prejuzgar de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro Tribunal Arbitral con base en el análisis del conjunto de normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas de 2013 que han quedado por elección de las Partes fuera del análisis sometido a este Tribunal”. Esto es, cuando se analicen las normas posteriores a las de 2010 que son objeto de este Laudo, el examen conjunto puede arrojar otras muy diferentes conclusiones.

6. El Reino de España es parte signataria del Tratado sobre Carta de la Energía (TCE) de 17 de octubre de 1994. Se prevé en su art. 26 el sometimiento a arbitraje, tras intentar por tres meses la composición amigable entre partes tras notificación, dando paso por fracaso de éstas, según el citado precepto.

7. El propio art. 26.6º TCE dispone que “el Tribunal decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas de Derecho Internacional aplicables”, lo que está en línea con la generalidad de los Tratados que suelen regir este tipo de arbitrajes. El Reglamento de Arbitraje del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo indica que el Tribunal “decidirá el fondo de la controversia de conformidad con el/los derechos o las normas jurídicas que las partes hayan acordado”.

8. Nombrado el Tribunal, dos miembros a propuesta de las partes y el tercero, conjuntamente por las Partes tras consulta con los co-árbitros, el Tribunal Arbitral propuso a las Partes el proyecto de orden procesal y calendario para observaciones.

9. Y precisamente, la Demandada, Reino de España, planteó la posibilidad de solicitar la bifurcación del procedimiento, para tratar separadamente las objeciones de índole jurisdiccional (procesal) de las de fondo, si bien, tras argumentar sobre la necesidad de tal carácter bifásico, luego no formuló expresa petición al respecto solicitando la efectiva bifurcación del procedimiento. Por ello, el Tribunal Arbitral decidió que tal petición planteaba cuestiones que bien podrían resolverse posteriormente. Ulteriormente, tras presentarse el Memorial de Demanda, con su documentación, el Tribunal Arbitral estimó que no era oportuno bifurcar el procedimiento. Y la Demandada, contestó a la demanda. Asimismo mediante el pertinente escrito, solicitaba el Reino de España que se diera terminado el procedimiento por falta de objeto sobrevenida.

10. El Tribunal Arbitral solicitó del Instituto ampliación del plazo para dictar el Laudo, algo perfectamente habitual en asuntos complejos

11. Hubo escritos, con sus documentos y pericias, de réplica y dúplica, amén de que la Comisión Europea solicitó participar como *amicus curiae* en

el procedimiento. La solución a la que llegó el Tribunal Arbitral fue, digamos así, híbrida: permitió a la Comisión Europea presentar el escrito de *amicus curiae* pero le negó la posibilidad de acceder al expediente y de participar en las audiencias. Como vemos, se le admite una mera presentación formal, limitada, meramente ritual y de información al Tribunal y Partes, pero sin disponer de una genuina pretensión. Es claramente una suerte de coadyuvante limitado, al que se le mutila parcialmente su posición, con el fin de lograr el mantenimiento entre partes de la disputa sin interferencias que pudieran al final influir sobre el procedimiento ni mucho menos sobre la resolución final, y singularmente proteger la confidencialidad del procedimiento arbitral. Parece importante tomar nota de lo dispuesto en el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (art. 46), que así permite proteger en términos muy intensos, toda la confidencialidad del expediente, lo que refuerza indudablemente la independencia del órgano decisor, algo absolutamente ejemplar. Finalmente, el escrito de *amicus curiae*, tras una prórroga, fue presentado por la Comisión y trasladado a las Partes.

12. Luego, con sede en Madrid (Corte de Arbitraje) se celebró la audiencia y al final de la misma, entrega de escritos sobre costes del Arbitraje.

13. En relación con la pretensión de la Demandante, la queja consiste en que el régimen especial de la regulación a la generación de electricidad solar fotovoltaica como energía renovable que es, incluye incentivos y regulaciones, que se fijaron en un sistema de primas y tarifas para retribuir la producción de electricidad mediante este tipo de producción. Y que estas aportaciones públicas fueron luego cercenadas al modificarse a la baja *Ex post facto* lo que supone atraer a los inversionistas y luego defraudar sus derechos ocasionándoles así diversos daños.

14. La propia Ley del Sector Eléctrico entonces en vigor (Ley 54/1997, de 27 de noviembre) distinguía entre un régimen ordinario de producción de energía y otro especial, la que limitada a instalaciones con potencia no superior a los 50 MW, entre otros supuestos, utilizara como energía primaria alguna de las energías no consumibles, y a su vez su titular no realice actividades de producción de régimen ordinario (evitando así, añadimos, la concentración y posición dominante de las productoras tradicionales de energía ordinaria). Es de subrayar que el art. 27 de dicha Ley, indica que esta producción especial se regirá por sus disposiciones específicas y solamente en lo no prevista por ellas, por las disposiciones generales sobre producción eléctrica que le resulten aplicables. Por tanto, el régimen especial conlleva a su vez una normativa especial de aplicación preferente con subsidiariedad en lo no previsto de la norma ordinaria.

15. El Tribunal Arbitral, examina el orden jerárquico típico de las fuentes del Derecho tal como las organiza el Derecho Administrativo, ya que evidentemente el rango superior de los Reales Decretos Leyes sobre los Reglamentos (Reales Decretos, Órdenes, etc.) no tiene que ser conocido sin tras el

estudio del ordenamiento español, incluyendo el dato, creemos que esencial, de que un Decreto se puede impugnar ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa y un Decreto –Ley, que tiene rango legal en nuestro sistema, no puede serlo. Veremos luego que el Tribunal Arbitral, aun reconociendo tal diferencia, entiende que existen posibilidades efectivas de contestar judicialmente a los Reales Decretos – Leyes como base importante de su argumentación, adelantando por nuestra parte que tal posición es, dicho sea respetuosamente, discutible.

16. Los antecedentes normativos reguladores del régimen especial, se remontan al Real Decreto 436/2004, que pretendía unificar el régimen jurídico y económico de la actividad de producción, si bien, es un mero precedente reglamentario porque en el caso concreto las inversiones fueron realizadas cuando esta norma ya había sido sustituida por otro Reglamento, el Real Decreto 661/2007.

17. En diferentes publicaciones ya en 2005, el Ministerio (Industria) publicaba una presentación promocional en que expresaba que la rentabilidad de la inversión en fotovoltaicas puede llegar hasta el 15% y que existiría una línea financiera (Idea ICO) que podría ofrecer una financiación sustancial. Y el mismo año 2005, se promulga el Plan de Energías Renovables 2005–2010, que afirma la existencia de un marco legislativo adecuado y estable, que “debe generar confianza consolidada de los promotores en su permanencia que les lleve a invertir en el desarrollo del sector fotovoltaico en su legítima confianza de que esta tendencia se mantendrá a largo plazo”. Y además se hacen cuadros modelo que calculan la retribución de los recursos propios al 5% (sin ayudas ni desgravaciones), con un período de vida útil de 25 años al igual que el período de amortización. Y según este Plan, el objetivo consistía en incrementar en España la potencia instalada fotovoltaica en 363 MW durante dicho período (2005–2010).

18. Dos años después, en 2007, el Ministerio insistía, mediante una muy difundida publicación, en potenciar la energía fotovoltaica poniendo ejemplos de vida útil durante 25 años, con funcionamiento de entre 1250 y 1664 horas anuales y un rendimiento TIR entre el 7,11% y el 9,58%. Añadiendo que se prevén ayudas a la explotación a través de la tarifa regulada pero no ayudas a la inversión; y se dividía España en 5 zonas climáticas según la superficie horizontal.

19. La Comisión Nacional de la Energía mediante informe 3/2007 de 14 de febrero, insiste en la transparencia y predictibilidad, minimización de la incertidumbre regulatoria, con incentivos estables y predecibles durante toda la vida de la instalación con mecanismos transparentes de actualización anual asociados a índices robustos. Recuerda que las instalaciones son intensivas en capital y con plazos largos de recuperación. Y alaba al anterior Real Decreto 436/2004, que minimizaba el riesgo regulatorio otorgando estabilidad y predictibilidad a los incentivos económicos durante la vida útil de las instalaciones al establecer un mecanismo transparente de actualización

anual asociándolo a un índice robusto (tarifa media o de referencia) y al eximir a las instalaciones existentes de la revisión cuatrienal ya que los nuevos incentivos afectan únicamente a las nuevas instalaciones. Notemos así por nuestra parte la importancia de disponer de períodos transitorios claros, de regular clásicamente sólo “pro futuro”, de respetar la irretroactividad, y de buscar por encima de todo en el ámbito de una buena regulación, la transparencia, estabilidad y predictibilidad, bases todas ellas de la seguridad jurídica y de la eliminación de la incertidumbre, aspectos capitales de la certeza del Derecho.

20. Paulatinamente el Ministerio iba publicando noticias vinculadas a lo que sería el Real Decreto 661/2007, indicando sobre el proyecto de norma que para las instalaciones hasta 10 MW, los valores de la retribución proporcionarían una TIR a 25 años de aproximadamente el 7%, e inferior para instalaciones de potencia superior ya que no es habitual, indica el folleto de 21 de marzo de 2007, instalaciones fotovoltaicas de este tamaño, que de hacerse no responderían exclusivamente a criterios de rentabilidad. Y se amplía el objetivo de potencia para las instalaciones con derecho a retribución hasta 371MW.

21. El Real Decreto 661/2007 parte de que mantiene, dice su Preámbulo, la estructura básica de su regulación. Garantiza, dice, una retribución razonable para sus inversiones a los titulares de instalaciones de régimen especial y, dice, confía más en el mercado. Establece asimismo que para poder seguir adecuadamente la evolución y control de las tarifas reguladas, primas y complementos, las instalaciones han de inscribirse en un Registro Administrativo (RAIPRE).

22. Establece luego actualización y revisión de tarifas y primas, con deducción del IPC de determinados puntos básicos. Y determinadas normas que fijan límites para beneficiarse de tal régimen económico. Y se fijaron así términos para las instalaciones inscritas a partir del 29 de septiembre de 2008.

23. Importa comenzar a subrayar en este análisis cómo actúa para la Administración el elemento fundamental de toda estas inversiones, que es el denominado principio de confianza legítima, conectado con la buena fe, y con el principio de seguridad jurídica. Hay que recordar que los países sí son examinados desde este punto de vista, y que otorgar certeza y despejar incertidumbre es esencial para abordar cualquier inversión. Lo que resulta difícil es pretender que vengan inversiones y al mismo tiempo

24. Se ocupó específicamente de estos principios en relación con los problemas planteados por el nuevo Real Decreto 661/2007, el Informe de la CNE, de 29 de julio de 2008, (Informe 30/2008) que en relación con “La seguridad jurídica y protección de la confianza legítima”, decía en su apartado 4.2.b): “La estabilidad y predictibilidad de los incentivos económicos (tarifas y primas) reducen la incertidumbre regulatoria, lo que incentiva las inversiones en nueva capacidad para abordar sus proyectos, al tiempo que

minimiza el coste de financiación reduciéndose el coste final para el consumidor. La regulación actual ha establecido actualizaciones anuales de los incentivos económicos, basados en índices robustos (como el IPC, los bonos a diez años, etc.) y además revisiones periódicas cada cuatro años que en este caso únicamente afectan a las nuevas instalaciones.

Ciertamente, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima (art.9.3º CE) no constituyen obstáculos insalvables a la innovación del ordenamiento jurídico, ni pueden por ello ser utilizados como instrumentos petrificadores del marco jurídico vigente en un momento dado. En este sentido dichos principios no impiden la innovación dinámica de los marcos regulatorios, tampoco que las nuevas previsiones normativas puedan ser aplicadas pro futuro a situaciones iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero sí exigen dichos principios que la innovación regulatoria, sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación a los nuevos regímenes, en su caso medidas compensatorias, etc.) que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de eventuales expectativas generadas por la normativa anterior”.

En concreto, (Apartado 5.2 del Informe) “en relación con el criterio de minimizar la incertidumbre regulatoria. Las instalaciones de producción en régimen especial suelen ser intensivas en capital y tienen plazos de recuperación largos. La regulación de las instalaciones de generación en régimen especial establecida en el Real Decreto 661/2007 ha tratado de minimizar el riesgo regulatorio de este colectivo, otorgando seguridad y predictibilidad a los incentivos económicos durante la vida útil de las instalaciones, al establecer mecanismos transparentes de actualización anual de los mismos, y al eximir a las instalaciones existentes de la revisión cuatrienal, ya que los nuevos incentivos que se van fijando únicamente afectan a las nuevas instalaciones”

Nótese la importancia que la CNE presta a estos principios y cómo operan, buscando un equilibrio entre el mantenimiento de la seguridad jurídica y al mismo tiempo permitir la evolución y desarrollo del derecho, evitando su congelación, que no quede hibernado, pero distinguiendo fases, períodos, y limitando la retroactividad de las normas, que han de ser “pro futuro” para garantizar íntegramente tales principios.

Luego es precisamente cuando se dicta el Real Decreto 1578/2008, titulado resueltamente: “Retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para las instalaciones posteriores a la fecha de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, para dicha tecnología”. Y en su Exposición de Motivos manifiesta dos aspectos: a) que el crecimiento de la potencia instalada experimentada por la tecnología solar fotovoltaica está siendo superior al esperado... en el mes de mayo de 2008 se han alcanzado los 1000MW de potencia instalada (lo que manifiesta, que no hubo un control efectivo ya que correspondía a la Administración otorgar los permisos y por tanto hacer el seguimiento de las

instalaciones) y b) que el marco previsto por el anterior Real Decreto 661/2007, debía adaptarse para asegurar su eficiencia...”de ahí que se considere necesaria la racionalización de la retribución y, por ello, el real decreto que se aprueba *modifica el régimen económico a la baja* (las cursivas son nuestras) siguiendo la evolución esperada de la tecnología con una perspectiva a largo plazo”.

Lo que sí hace el Real Decreto 1578/2008 es fijar la aplicación de su régimen a las instalaciones que se inscriban en el RAIPRE con posterioridad al 29 de septiembre de 2008. Añadió no obstante una sub-sección del RAIPRE denominada Registro de Pre – asignación de Retribución (RPR), en el que se debían inscribir los proyectos de instalaciones, en el que debían inscribirse en los 16 meses siguientes y obtener la inscripción definitiva. Asimismo, y a diferencia del Real Decreto 661/2007, que establecía una retribución fija, el sistema nuevo del RD 1578/2008, estableció convocatorias trimestrales por cupos, de modo que existía una tarifa fija para un cupo de MW y si no se llegaba a cubrir el cupo, la tarifa podía incrementarse para el siguiente cupo. Así la tarifa regulada no sería fija para la instalación sino que dependería de la convocatoria en la que se encontrase inscrita, siendo la tarifa menor cuanto mayor fuere la convocatoria asignada. De esta forma, se establecía una tarifa regulada para la primera convocatoria y el apartado segundo establecía una fórmula matemática para fijar las tarifas sucesivas, las cuales se irían reduciendo en la medida en que se llenaran las convocatorias. La tarifa regulada aplicable a una instalación se mantendría durante un plazo máximo de veinticinco años (art. 11.5 del RD 1578/2008). Se preveía también que las tarifas aplicables a las instalaciones de energía fotovoltaica (grupo b.1.1.) serían objeto de actualizaciones como preveía el anterior RD de 2007, a partir del segundo año posterior a la convocatoria en que fueran fijados.

25. Las Demandantes adquirieron en 2009 (febrero y diciembre) una participación a través de otra empresa constituida en 2007, de la totalidad o mayoría del capital social de diversas sociedades cada una de las cuales a su vez es propietaria de una planta de tecnología solar fotovoltaica. Para asentar la instalación celebraron en los terrenos diversos contratos de arrendamiento, cuya duración promedio es inferior a los 30 años (pero nótese que se nos indica el promedio, y naturalmente habría que examinar en cada contrato la posibilidad de prórroga en su caso).

26. La mayoría de las instalaciones fue inscrita en el RAIPRE con anterioridad al 29 de septiembre de 2008, y por tanto estaban adscritas al régimen del RD 661/2007. Las restantes fueron inscritas después, ya bajo el régimen del RD 1578/2008.

27. La saga de regulaciones en el sector fotovoltaico, no acabó aquí, como es bien conocido, sino que continuó primero en 2010, luego más tarde, ya bajo regulaciones que no han sido objeto de este arbitraje. Notemos que existe un “continuum” regulatorio aplicado no solamente al sector de energías renovables, sino al régimen especial fotovoltaico, al que se le ha estado regu-

lando de continuo, sin cesar, lo que explica los interrogantes sobre la estabilidad en este sector.

28. En efecto se publicó el 19 de noviembre el RD 1565/2010, que modificó el régimen ya que supuso la eliminación de las tarifas reguladas a partir del año vigésimo sexto para las instalaciones solares fotovoltaicas y la exigencia de requisitos técnicos adicionales.

29. Ya en el art. 1 del RD 1565/2010, se suprimen los valores de las tarifas de las instalaciones fotovoltaicas (las del tipo b.1.1., según ya sabemos) a partir del año vigésimo sexto. Esto es, las instalaciones mantendrían durante un cuarto de siglo las tarifas reguladas, pero transcurridos esos primeros 25 años de vida, perderían el derecho a la tarifa regulada inferior, prevista desde entonces hasta el final de la vida de la instalación. Luego, ese plazo de vigencia de las tarifas fue ampliado en dos ocasiones, hasta 28 años y luego ya en la conocida Ley de Economía Sostenible, hasta los 30 años. Además, se impuso que las instalaciones fotovoltaicas, a partir de ese momento (y no antes ya que no lo decía el antiguo RD de 2007) instalaran mecanismos de reacción para proteger el sistema eléctrico en el caso de caída de tensión de la red, lo que se denominaba "requisitos de respuesta frente a huecos de tensión"; esto es, serían partícipes así del mantenimiento de la red en momentos críticos, y si no lo hacían así, esa falta de colaboración al mantenimiento íntegro de la tensión en la red, supondría un incumplimiento que acarrearía la percepción del precio de mercado en lugar de la tarifa.

Supone pues un cambio notable. Ahora bien, la cuestión consiste en conocer si tal modificación implica un componente sancionatorio retroactivo o simplemente una alteración innovadora de las circunstancias de aplicación del régimen tarifario establecido en 2007. Veremos la respuesta del Laudo en su momento.

30. Ahora bien, el año 2010, no acabaría sin nuevas e importantes modificaciones. Ya el 7 de diciembre se modificó el régimen de la energía solar termoeléctrica y eólica, (RD 1614/2010) limitando también en tales instalaciones las horas de funcionamiento con derecho a prima (aunque no afecta a la fotovoltaica, conviene tener presente el régimen global de las energías renovables).

31. Pero estaba por llegar una modificación, el mismo año, y ya realizada en el máximo nivel de eficacia legislativa, un Real Decreto Ley, que tiene desde luego fuerza de Ley, se impone sin discusión a todos los operadores que no pueden cuestionarlo directamente ni tienen legitimación para ello, y al disponer de tal eficacia legislativa inmediata, su cumplimiento es inmediato, al estar justificado por la urgencia. No es menor también el dato de que apenas existe debate parlamentario, puesto que su régimen jurídico es de pura inmediatez y la ratificación posterior suele ser un mero trámite que desde luego no refleja el pluralismo político inherente a la discusión parlamentaria. Estas razones, por ejemplo, unida al uso abusivo de la técnica del Decreto –Ley durante el período posterior a la Constitución de Weimar es lo

que hace que en Alemania no exista este instrumento legislativo, del cual, se utiliza con demasiada frecuencia y con demasiado contenido en nuestro régimen constitucional.

32. En todo caso, el Real Decreto –Ley 14/2010 de 23 de diciembre, sobre “Medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico” pone de manifiesto el constante uso que de instrumentos normativos, tanto legislativos como reglamentarios, se ha venido haciendo por el Legislador y el Poder Ejecutivo. Hay una secuencia continuada de normas, que en cascada, van delimitando, a veces *ad hoc*, como trajes a medida, el régimen aplicable a cada tipo de energía. Se legisla y regula consecuentemente, a golpe de necesidad, sin una programación previsible, sin planificar debidamente ni controlar preventivamente lo que tales instalaciones suponen, con modificaciones continuas, inesperadas, difícilmente predecibles, y que se realizan cuando las instalaciones y la consecuente inversión, ya está realizada. Se actúa pues en la fase posterior de retribuir tales inversiones en las instalaciones que fueron llamadas precisamente para consolidar el sector fotovoltaico dentro de un sistema y de un país que es una “isla energética” necesitada de alternativas a las energías fósiles.

33. Se trata pues, con este Real Decreto—Ley de corregir la desviación fuerte que se había producido en la generación eléctrica y que producía ya un elevado déficit tarifario, imponiendo una serie de medidas “de tal forma que, todos los agentes del sector, contribuyan con un esfuerzo adicional y compartido a la reducción del déficit del sistema eléctrico”. Y añade “parece razonable que los productores de régimen especial realicen también una contribución para mitigar los sobrecostes del sistema, contribución que debe ser proporcional a las características de cada tecnología, a su grado de participación en la generación de esos sobrecostes y al margen existente en la retribución cuya rentabilidad razonable queda en todo caso garantizada” (naturalmente la cuestión es saber en qué consiste tal “razonabilidad” de estas energías alternativas que constituyen el denominado “régimen especial”).

34. Y aquí llegan especificadas las reclamaciones de los demandantes referidas claramente a dos supuestos establecidos como “esfuerzos” en este Real Decreto—Ley: a) la limitación de horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas y b) el establecimiento de una obligación de pago de peajes por el uso de las redes de transporte y distribución.

35. Las horas fueron fijadas en función de cinco zonas solares climáticas, estableciéndose, en definitiva, una cuota máxima anual de horas de producción remunerada mediante la tarifa regulada, en cada una de ellas (incluyéndose una disposición transitoria hasta 31 de diciembre de 2013 sobre aplicación horaria para instalaciones fotovoltaicas, lo que determinaría que este Real Decreto – Ley 14/2010, fijara dos techos máximos de producción eléctrica remunerada con tarifa regulada al año: un primer techo transitorio hasta el último día del año 2013 aplicable únicamente a las instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 y un segundo techo, definitivo y por tanto

no transitorio, aplicable a las instalaciones acogidas al Real Decreto 1578/2008 y que se aplicaría también a las instalaciones acogidas al Real Decreto 661/2007 a partir del 1 enero 2014, cuando acabaran su régimen transitorio). Si superaren tales techos máximos cada año, las instalaciones podrían vender el remanente de su producción, pero al precio del mercado, pero no al de la tarifa regulada.

36. Además de lo anterior el RDL exige abonar un nuevo peaje por el acceso a las redes de transporte, justificándolo, indica, por el crecimiento significativo que han experimentado tales instalaciones de generación, suponiendo así un incremento en las inversiones en redes de transporte y distribución, en un contexto de crisis (económica se supone, claro) y deficiencia tarifaria.

Sin entrar por nuestra parte en este tema en estos momentos, habría que llamar la atención sobre la teoría del “estopel” ya que tal deficiencia tarifaria es producto evidente de una mala planificación o falta de planificación, ocasionada precisamente por la propia Administración, no por los inversionistas. Y la crisis económica, como hecho acontecido externo, tampoco es imputable a quienes invierten, y si es un caso asimilable a la fuerza mayor, tendría en principio que ser repartido entre la totalidad de los perjudicados, no específicamente por algunos específicos sujetos. Por el contrario, la Disposición Transitoria primera del RDL 14/2010, genera una suerte de responsabilidad sin culpa, al establecer una relación bilateral de pago de los productores de energía eléctrica a los transportistas (alta tensión) y a los distribuidores (tensión media), fijándola en 0.5 Eur/ MW hora vertido a las redes o, aún más indeterminado, los valores que fije el Ministerio dentro de los límites que establezca en su caso la Unión Europea.

37. Contra tales normas (el Real Decreto 1565 y el Real Decreto – Ley) se plantearon numerosos recursos por múltiples inversionistas. No hay más que seguir, *v.gr.* la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para comprobar la ingente cantidad de acciones que se plantearon contra tales normas, lo que da idea de que realmente sí existía un clima generalizado de frustración jurídica basado siempre en la idea de que se había defraudado la confianza legítima y la seguridad jurídica. Es impensable que tantos y tantos inversionistas de todo tipo, y sus Letrados, plantearan decenas, literalmente, de recursos del mismo patrón casi todo ellos, sin que existiera una base común clara de crisis de confianza en la palabra normativa de la Administración Pública, aspecto que no ha sido considerado en el Laudo. Se acudió al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Realmente no cabe duda razonable alguna de que se extendió una grave crisis entre quienes habían confiado en las citadas normas, especialmente desde el año 2004, en las declaraciones públicas, en los folletos informativos. Bastaría repasar la prensa general, la económica y la especializada para encontrar múltiples noticias y opiniones sobre este particular, lo que vuelve a expresar genuinamente que nos encontrábamos ante un supuesto de confianza depositada en la Administración Pública que luego no se había visto reconocida. Incluso hubo Comunidades Autónomas, como Mur-

cia y Extremadura, que recurrieron respectivamente, las Disposiciones Adicional Primera, Transitoria Segunda y Final primera del RDL 14/2010, así como la Transitoria Segunda. Y la Comunidad Valenciana asimismo recurrió. Fueron inadmitidos por falta de objeto, por no encontrarse en vigor tales normas cuando se resolvieron sus recursos.

38. El Tribunal Supremo, que en términos generales había construido en su jurisprudencia *ex novo* y *ad hoc* el peculiar concepto de “riesgo del inversor” tomándolo a préstamo de la literatura económica pero sin precedentes acreditados en la doctrina jurídica como elemento incorporado a toda inversión, y mucho menos para desarbolar el principio de confianza legítima que existe positivizado expresamente en el art. 3.1, párrafo segundo: “Igualmente deberán respetar (las Administraciones públicas) los principios de buena fe y de confianza legítima”, venía rechazando, en este y en otros múltiples supuestos, las demandas interpuestas por los inversionistas. Según el Tribunal Supremo, no se viola el principio de confianza legítima, cuestión que examinaremos en su momento en el correspondiente trabajo que dedicaremos a este arduo tema.

39. Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que las demandas no contenían todos los requisitos de admisibilidad de los artículos 34 y 35 del Convenio.

40. Intranquilo el legislador nacional, el 4 de marzo de 2011 se promulgó la Ley de Economía Sostenible que extendió el límite temporal de explotación de una planta fotovoltaica a tarifa regulada (hasta 30 años, según ya indicamos), para las instalaciones acogidas al RD 661/2007.

41. Luego ya producido cambio de Gobierno, se promulga el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, que intenta parar el creciente déficit de tarifa, mediante la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y supresión de incentivos económicos para las *nuevas* instalaciones fotovoltaicas que no estuvieran inscritas en el Registro (subregistro ya comentado) previsto en el art. 4.1 del Real Decreto 1578/2008. A continuación, y en términos drásticos, también mediante Real Decreto Ley (nótese que es un instrumento favorito del Gobierno en todo lo que hace a la regulación fotovoltaica y especial que se aplica inmediatamente y no se puede discutir ni en su fase ascendente – durante su tramitación parlamentaria prácticamente inexistente – ni en su fase descendente de aplicación a los destinatarios de la norma), aplicando el viejo apotegma “*Salus populi suprema lex est*”, el Gobierno vuelve a la carga mediante este instrumento de urgencia legislativa, fechado ahora el 12 de julio de 2013 (Real Decreto Ley 9/2013). Esta secuencia de legislación de urgencia está encaminada a una clara reducción de los derechos asignados en 2007 y desde entonces, aunque mantuvo transitoriamente esas retribuciones hasta que se dictaran los nuevos Reglamentos de desarrollo del citado Real Decreto Ley de 2013, si bien, tendrían la consideración de pago a cuenta de la liquidación que resulte de aplicar la nueva metodología; esto es, se aplica en definitiva y por cierto, de inmediato a la en-

trada en vigor de la nueva norma, un régimen retributivo distinto basado en una inédita consideración de lo que se estimaba "retribución razonable". Y para concluir el proceso de innovación, siempre con el punto de mira de la reducción del déficit de tarifa, sin otra consideración en mente, se dictó finalmente la Nueva Ley del Sector Eléctrico, 24/2013, de 26 de diciembre. Su objetivo claro y definido fue "la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico". Y lo dice en estos términos: "El principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico será un principio rector de las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley. En virtud del mismo, cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos, deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o un incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema. De esta manera se descarta definitivamente la posibilidad de acumulación de nuevos déficits como ocurrió en el pasado". En desarrollo de esta nueva Ley, aparece la Orden del Ministerio de Industria 1045/2014, dedicada específicamente a fijar tales parámetros retributivos.

42. Vemos que definitivamente la reducción del déficit se transforma en el "*Deus ex machina*" de toda la legislación sobre el régimen especial eléctrico. Y que ello se hace como si del lienzo de Penélope se tratara, tejiendo y destejiendo el entramado normativo, cuyos umbrales, como en la lanzadera de una hilandera, sube y baja según la fuerza del impulso que el pedal normativo le mueva. Lo cierto es que decenas de inversionistas se creyeron aquella normativa de 2007, que luego se ha enmendado, y que ahora se trató de resolver acudiendo al inversionista extranjero al remedio arbitral.

43. Desde la perspectiva procesal, resultan sumamente interesantes las objeciones de la demandada, el Reino de España.

44. De un lado, afirma que el arbitraje carece de objeto. Porque afirma que el citado RDL 9/2013 – continuado por normas del año 2014– derogó la normativa que emplea la demandante (normas de 2007, 2008, 2009 y 2010 a la que hemos hecho abundante referencia), construyó un sistema integral de rentabilidad razonable aplicable a toda la vida útil de la planta fotovoltaica que incluye pues también el cálculo correspondiente a los primeros años de funcionamiento, lo que supone una abrogación "*in totum*", parece querer indicar la demandada, que impide examinar norma a norma, aisladamente, las medidas regulatorias dispuestas anteriormente a este cuerpo normativo completo. Y los demandantes (esto será importante también en el futuro aplicable a otros arbitrajes) no han reclamado fundándose en el RDL 9/2013, existiendo otro arbitraje pendiente ante otro tribunal arbitral. *Notemos que en este arbitraje no se aplican las nuevas normas en vigor.* Y afirma la demandada que las nuevas normas no han sido generadas para evitar este arbitraje, sino que han elegido presentar sus reclamaciones sobre las nuevas normas ante otro Tribunal.

45. En segundo lugar, el Reino de España afirma que los Demandantes han activado la cláusula *"electa una vía"*. Es la cláusula contenida en el art. 26.3º.b) TCE que pretende evitar que el inversor pueda acudir abusivamente a dos instrumentos paralelos de resolución de controversias, el nacional y el internacional. Y ello porque, según afirma, se agotó una vía con la presentación por la Demandante de litigios ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y aunque esta última vía fue inadmitida, ello conllevaría ya de por sí, la elección de una vía alternativa prevista en el propio TCE (art. 26.2º.b) y el rechazo por el TEDH no supone que los demandantes hubieran renunciado a dicha vía, sino que su elección fracasó, lo cual es distinto. Y en cuanto a la demanda ante el Tribunal Supremo, también supondría aplicación de la *"electa vía"* ya que habría *identidad de partes* –por unidad económica de las entidades demandantes– y por si no bastara, en Derecho español, una Sentencia del Tribunal Supremo estimatoria de la nulidad habría tenido un efecto *erga omnes* ya que si se anula una disposición general (recordemos que lo que se cuestionaba ante el Tribunal Supremo era un Reglamento, el RD 1565/2010, esto es, una disposición general típica) tales Sentencias tienen efecto declarativo *erga omnes* y *ex tunc, esto es general y desde entonces, desde que se dictó la norma, no efectos meramente ex nunc*. También habría *identidad de objeto* puesto que se afirma que habría en esencia la misma pretensión ya que la reclamación de daños y perjuicios fue también solicitada ante el Tribunal Supremo. Y también habría *identidad de la causa de pedir*, ya que el Tribunal Supremo sí se pronunció sobre la inexistencia de vulneración posible del TCE.

46. En tercer lugar, el Reino de España, argumentó que la cuestión sometida a arbitraje era un conflicto europeo no sometido al TCE, sino una controversia sometida a los Tribunales de Justicia europeos, esto es, un litigio intramuros del Derecho europeo y como tal, endógeno en su sometimiento a la jurisdicción comunitaria o europea, siendo Luxemburgo su sede natural. Inclusive, apunta la demandada, hubiera sido más planteable un procedimiento directo de reclamación ante la Comisión Europea para que ésta iniciara un procedimiento por incumplimiento de Estado, acorde al art. 258 TFUE, que permite que partes privadas activen dicho procedimiento, aunque se refiera a disputas entre Estados. Importantemente, recuerda el Reino de España como demandada que "fuera del caso de los Estados de Europa del Este que han accedido posteriormente a la Unión Europea, nunca han existido tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea pues el propio objetivo de la Unión Europea fue crear un mercado interior que incluyese la libre circulación de capitales y estableciese todas las garantías necesarias". Y ello, según la Demandada, además del propio TCE es apoyado por la interpretación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, no existiría diversidad exigible de conformidad con el art. 26 del TCE, puesto que los inversores de un Estado miembro de la UE, son simultáneamente inversores de dicho Estado y de la UE, y el art. 1. 10 del TCE el territorio UE es una "ORIE", Organización Regional de Integración Económica y abarca tanto el territorio de

España como el de Luxemburgo y los Países Bajos, por lo que no existe esa requerida diversidad. Además el TCE fue establecido para establecer un régimen de protección de inversiones en los países del antiguo bloque comunista, pero su finalidad, extensión y alcance no sería el de proteger las inversiones "*interna corporis*" las fronteras de la Unión Europea, sino exactamente establecer un régimen especial para la protección de las inversiones en el ámbito de la energía fuera de las fronteras de la Unión Europea. Y se cita la decisión *Mox Plant* (Sentencia Comisión c. Irlanda, 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03) en aplicación del art. 344 del TFUE. Y los casos referidos a República Checa, Eslovaquia y Hungría son TBI anteriores al ingreso en la UE, y hoy no existen TBI entre Estados que ya eran miembros de la UE con anterioridad al TCE. Además el art. 351 del TFUE, impone la prevalencia del derecho de la UE sobre cualquier tratado *posterior* al ingreso del Estado en la UE. Como *amicus curiae* la Comisión Europea afirmó que existe una desconexión implícita en el TCE respecto de las relaciones *intra*. UE. Además el sometimiento al TCE y no al derecho de la UE, sería vulneración del orden público del derecho español. Por ello, se correría riesgo de anulación o inejecutabilidad.

47. El cuarto argumento del Reino de España es que los Demandantes no son inversores según el art. 1.7º TCE. Que levantado el velo, los verdaderos demandantes son dos personas naturales de nacionalidad española. Y que no se da la diversidad de nacionalidades que exige el art. 26 TCE. Hay que atender a la nacionalidad efectiva de la persona jurídica, pues los tratados de inversión fueron creados para fomentar las inversiones extranjeras y no las nacionales. "Extranjero" no es un requisito formal, sino condición objetiva.

48. Igualmente de equivalente interés son los argumentos de los Demandantes. Así en primer término, rechazan que se haya producido pérdida de objeto sobrevenida por el cambio normativo que supuso el Real Decreto – Ley y disposiciones complementarias ya que de ser así, bastaría derogar una norma que directa e inmediatamente haya producido una lesión patrimonial con daños efectivos para evitar su cuestionamiento. Sería un juego intralegal, en que primero se ocasiona un perjuicio y luego, sin repararlo, se modifica la norma, concluyendo que así bastaría para eliminar todo daño y continuar legislando, legal y reglamentariamente, en la forma que mejor parezca al Poder. Y por ello, con argumentos extraídos de la clásica técnica del Estoppel británico, indican los Demandantes que "España no puede aprovecharse de su propia conducta, que además ha empeorado aún más la situación de las Demandantes, para pretender evitar su responsabilidad bajo el TCE". Recuérdese, hay que insistir, que la controversia a la que se refiere este arbitraje es únicamente la referida a las normas de 2010 (RD 1565/2010 y RDL 14/2010), que acabaron desmantelando las reglas fijadas por los reglamentos de 2007 y 2008 (RD 661/2007 y 1578/2008), pero el régimen instaurado en 2013, que aquí no se ve ni se enjuicia, en todo caso agravó el tema. Y además las medidas adoptadas en 2010, que lesionaron sus derechos, se mantuvieron en vigor durante tres años.

49. Como segundo argumento, niegan los Demandantes que hayan ejercido la cláusula *electa via* ya que esa pretendida incompatibilidad entre arbitraje y tribunales ordinarios, no se da aquí. Porque esa *electa una via non datur* exige la triple identidad de partes – y aquí las partes son distintas ya que en ningún caso han actuado ante los Tribunales españoles. Y es que el TCE expresamente prevé que debe ser el inversor en el arbitraje el que haya escogido recurrir ante las jurisdicciones locales y no sus accionistas o afiliadas. El hecho de que las Demandantes mantengan vínculos corporativos con las sociedades (matrices) no permite ignorar la personalidad jurídica de los Demandantes. Y añaden que el carácter *erga omnes* de los efectos de un recurso contencioso – administrativo ante el Tribunal Supremo, “es irrelevante” porque conduciría al absurdo de no admitir demandas de arbitraje planteadas por cualquier tercero que pudiera resultar beneficiado por una decisión general.

50. Añaden, en segundo lugar, que no hay identidad de objeto, ya que ante el TS español, lo que se solicitó fue la nulidad del RD 1565/2010 y ante el Tribunal de Arbitraje la incompatibilidad de los RD 1565/2010 y RDL 14/2010, con las disposiciones del TCE, con la consecuente condena al Reino de España por los perjuicios que causaron tales normas, teniendo en cuenta que no puede haber identidad de objeto, indican, entre una demanda fundada en derecho interno español cuya principal pretensión es la anulación de una norma y una demanda internacional que reclama la indemnización de daños por perjuicios ocasionados por violación de obligaciones internacionales.

51. Y como tercera cuestión, niegan la identidad de fundamentos legales, dada la distancia epistemológica, digamos nosotros, entre argumentar basándose en derecho interno o hacerlo con fundamento en Derecho internacional. No se da la *“electa via”* argumentan, que sí se habría dado de utilizar ante los Tribunales españoles el TCE, lo que nunca ocurrió.

52. Tiene importancia procesal la argumentación de los Demandantes de que el TCE es aplicable a la controversia sin menoscabo del derecho de la UE. Son instrumentos distintos y distantes. Uno pensado para las libertades comunitarias de sus ciudadanos y empresas y el otro para la actuación a largo plazo en energía. Y aportan laudos arbitrales y sentencias nacionales de los Estados Miembros, que estudian la relación entre derecho de la UE y tratados de inversión, concluyendo que ambos tienen aplicación distinta, y que los tratados de inversión resultan aplicables a las disputas intra– UE. Además el art. 16 TCE resolvería en favor de cualquier inversor la incompatibilidad que pudiera existir con otro acuerdo internacional. No nos encontramos ante una disputa entre Estados, sino entre un inversionista y un Estado, sin perjuicio, afirman, de que los Tribunales Arbitrales y demás Tribunales Nacionales, pueden y deben aplicar el derecho de la UE.

53. Y complementan sus argumentos recordando que la interpretación del TCE según los artículos 31 y 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los

Tratados, permite concluir que una interpretación literal del art. 26.1 del TCE lo único que exige es que la inversión haya sido realizada en el territorio de la Parte contratante y que esta parte haya incumplido sus obligaciones derivadas del TCE respecto de inversores de la otra Parte Contratante: España incumplió el TCE y las Demandantes provienen de Países Bajos y Luxemburgo.

54. Asimismo, señalan las Demandantes que España a estos efectos, se puede distinguir de territorio ORIE, ya que cuando se demanda a un Estado miembro es su territorio el que resulta relevante y solamente si se hubiera demandado a la ORIE, entonces, pero sólo entonces, el territorio relevante sería ORIE. El TCE no prevé excluir reclamaciones internas entre países que componen una ORIE, ya que tendría que haberlo previsto así expresamente.

55. Pese a la posición *amicus curiae* de la Comisión, también coincidente con la Demandada, afirmando una “desconexión implícita” en el TCE según la cual dicho tratado no sería aplicable a las relaciones intracomunitarias, los Demandantes sostienen que no existe de forma explícita a pesar de que los Estados signatarios, España entre ellos, conocían este instrumento, el TCE, que habían incluso aplicado (aunque en asuntos menores). Una ORIE tiene que estar definida, afirman, en cuanto a las competencias transferidas, sin realizar descripciones meramente genéricas. Nada impide, pese a los documentos exhibidos por la UE, que un Estado Miembro pueda iniciar un arbitraje al amparo del art. 26.1 del TCE. Y que el caso Mox Plant no es aplicable ya que se trata de una disputa entre Estados, y que no concluyó que los tratados internacionales firmados por los Estados Miembros y por la propia UE sean parte del derecho de la UE.

56. Las Demandantes afirman que ningún Tribunal Arbitral ni de la UE ha dicho que el Derecho de la UE impida a un Tribunal Arbitral asumir jurisdicción sobre una disputa entre un inversor de un Estado Miembro en otro Estado Miembro. Y los actos posteriores no pueden ser considerados como “prácticas ulteriormente seguidas” en el sentido del art. 3 del Convenio de Viena, pues ni se refieren a la aplicación de tales actos y además provienen de órganos de la UE. Por otro lado el Tribunal Arbitral tiene que realizar un “esfuerzo de integración sistémica” del derecho de la UE con el art. 26 del TCE, amén de que no se adivina por qué habrá de ser inconsistente el Laudo arbitral con el Derecho de la UE. Y finalmente, alegan las Demandantes que existen laudos en el sentido por ellas pretendido y que no hay discriminación alguna con los ciudadanos españoles porque son sociedades extranjeras, y en todo caso, cabría ampliar a éstos sus derechos pero no quitárselos a ellos.

57. No hemos entrado con detalle en el examen de las alegaciones de fondo, aspecto que corresponde más a un estudio material que no constituye ahora nuestro propósito. Tal como hemos indicado en el título de este trabajo, sí describiremos, con alguna observación, lo que el Tribunal Arbitral indica, y a partir de ahí, el lector deducirá los aspectos en lo relativo al fondo tal como lo interpreta dicha Corte.

58. El Tribunal Arbitral estima que los Demandantes han aportado pruebas satisfactorias de la existencia y titularidad de sus compañías, así como de la existencia de una inversión protegida del art. 1. 6 del TCE.

59. En relación con la objeción *electa via*, la identidad de partes exige que el inversor que haya sometido la controversia a arbitraje haya previamente optado por someter la misma a uno de los mecanismos previstos en el art. 26. 2 a, o, b del TCE (Tribunales locales u otro procedimiento de solución de controversias previamente acordado).

60. La Demandada sostiene que para apreciar la identidad de partes “el Tribunal debería analizar la realidad económica de la estructura societaria de las distintas entidades presentes en los diversos procedimientos en causa; de no ser así, cualquier sociedad demandante inversora podría modificar su estructura societaria para, empleando sociedades interpuestas, sociedades filiales y en definitiva reestructurando su participación en la cadena societaria, justificar la inaplicación del test de la triple identidad en lo relativo a la identidad del sujeto”. Y es importante retener que el Tribunal Arbitral no discrepa de este análisis el cual, sin embargo, supondría para ser acogido una demostración de que las Demandantes de un lado y las sociedades XX e YY, constituyen en realidad una misma entidad, así que se pudiera considerar que las acciones iniciadas ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han sido en realidad por las Demandantes a través de sociedades interpuestas. Luego concluye que no se ha demostrado así. Pero es importante retenerlo a efectos doctrinales. Incluso añade: “Aunque sea cierto que los Demandantes forman parte del mismo grupo de la sociedad XX e YY este hecho no es suficiente, incluso bajo una interpretación flexible del test de la triple identidad, para considerar que hay una identidad sustancial de partes. Para que así fuera hubiera sido necesario que se demostrara que los Demandantes **tienen poder de decisión** en (el) Grupo. ... Tampoco ha sido alegado que la estructura del grupo de las partes Demandantes haya sido **concebida o modificada con el propósito fraudulento** de permitir a las Demandantes ignorar la cláusula “*electa via*”. Tiene importancia argumentativa esta posición del Tribunal Arbitral. Además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es, un Tribunal Español, ni el planteamiento de un recurso ante el mismo es “un procedimiento previamente acordado” a efectos del TCE. Y en consecuencia, puesto que no hay identidad de partes, no hace falta entrar en los otros dos elementos del test de identidad (objeto y causa de pedir).

61. En cuanto al argumento de que los Demandantes no serían inversores, porque son españoles y su aspecto formal es la de “dos cascarones vacíos”, ya que el TCE está solamente para proteger la inversión extranjera siendo necesaria la diversidad de nacionalidades, siendo necesario “levantar el velo”, también lo rechaza el Tribunal Arbitral. Dice que el TCE lo único que exige es que tales sociedades están constituidas con arreglo a la legislación de Luxemburgo y Países Bajos. Y vuelve a la carga, algo importante, sobre que solamente sería posible ese levantamiento del velo en caso de *fraude a la*

jurisdicción, como podría ser “una transferencia instrumental de los bienes objeto de la inversión *con posterioridad* al surgimiento de la disputa”. Asimismo, tiene importancia indicar que según el Tribunal Arbitral “*no existe ninguna base para importar al TCE una regla general según la cual la nacionalidad del inversor debería analizarse según un criterio económico, cuando el mismo TCE se refiere al criterio jurídico de constitución de la sociedad con arreglo a la legislación de una Parte Contratante*”. A efectos interpretativos tiene esto importancia, ya que habrá que estar en los distintos arbitrajes a cada situación concreta en el Tratado correspondiente para conocer el alcance del levantamiento del velo, si sirve un análisis económico del Derecho o por el contrario, hay que estar *ad pedem litterae* a lo dispuesto en el Derecho positivo de cada instrumento internacional. Y cita expresamente el caso *Yukos c Rusia*.

62. Procesalmente cobra importancia también la cuestión alegada por la Demandada de la contrariedad con la Constitución Española si el Tribunal Arbitral se declara competente, por vulnerar el orden público español aplicable al arbitraje, en particular el art. 14 CE, esto es, el principio de igualdad. Porque, argumenta el Reino de España, habría españoles (personas físicas propietarias del accionariado de las personas jurídicas) que podrían utilizar este instrumento, mientras que la generalidad de los españoles no podrían utilizarla. Pero el Tribunal Arbitral rechaza este argumento, ya que “la competencia de este Tribunal Arbitral tiene que valorarse según el TCE y no según el Derecho interno de la Parte Demandada”.

Por tanto el orden público español *poco tiene que ver* con la determinación de la jurisdicción de este Tribunal; “y de todas formas, no parece que el acceso de los Demandantes a la jurisdicción arbitral prevista por el TCE sea de alguna manera violatoria de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva previstos en los art, 14 y 24 CE. Dichos principios, en efecto, sólo tutelan el derecho de cualquier español a un igual acceso a la tutela efectiva de los jueces y tribunales españoles *y en ninguna manera prohíbe que un ciudadano español pueda gozar de tutelas particulares según su situación particular*”.

Conviene tomar nota de esta posible *doble protección* del ciudadano español, si así lo establece en concreto un tratado internacional suscrito por España; podrán desde luego, proteger sus derechos de conformidad con el ordenamiento interno, pero al mismo tiempo si existe un reconocimiento particular en el orden internacional, no existe incompatibilidad, existirá doble protección y el ciudadano podrá utilizar la vía que el propio Estado le reconoce al suscribir dicho Tratado, que en caso contrario, devendría en realidad un *iter inutilis* para dicho ciudadano. Se trata de sumar protecciones y derechos, de adicionar, no de restar, de disminuir, y cada situación exige su propio tratamiento, por lo que habrá que estar a cada Tratado y el Estado que los suscriba ya sabrá a qué atenerse.

63. Importante desde el punto de vista del DIPr, es la respuesta a la alegación de la demandada, Reino de España, argumentando que la Controversia

es una Controversia intra-UE, y que en consecuencia se encuentra sujeta al régimen normativo de la UE. Lo cual, además, lo hace apoyándose en la posición *amicus curiae* de la Comisión Europea (que en este, como en realidad en todos los casos, tiene una clara tendencia centrifugadora, monopolista de su Derecho, pese a otras inevitables exigencias del Derecho Internacional en el que la Comisión y la propia UE no deja de ser un actor procesal más). Tras una diplomática expresión de agradecimiento a la Comisión por su escrito, el Tribunal Arbitral le recuerda *expressis verbis* que la Comisión no es parte de este procedimiento y por tanto *el Tribunal Arbitral responderá únicamente a los argumentos de las Partes*, y continuando con la diplomacia, añade, "a la luz, por supuesto de los elementos de reflexión aportados por la CE".

Según la Demandada, todas las partes forman parte del mismo territorio ORIE y no existe diversidad de territorios; hay una cláusula de desconexión implícita para relaciones intra-UE y el Derecho comunitario europeo no permite a los Estados Miembros acordar el sometimiento de disputas a un Tribunal que no sea comunitario europeo.

La Comisión lo expresó claramente en su escrito, viniendo a indicar que un inversor español y otro luxemburgués o neerlandés son al final inversores UE, y están en el mismo territorio, máxime cuando la propia UE es miembro del TCE, por lo que se trataría de una inversión realizada por un inversor de la UE en el territorio UE.

Pero el Tribunal Arbitral, y esto importa retenerlo, indica que "aunque la UE sea miembro del TCE, los Estados que la componen no han dejado de serlo también. Tanto la UE como los Estados Miembros pueden tener legitimación procesal como demandados en una acción basada en el TCE, tratado que al definir el concepto "territorio" se refiere tanto al territorio de los Estados Miembros como al territorio UE. Y saber si el "territorio" se refiere al uno o al otro, depende del contenido de la demanda y de la entidad en contra de la cual se dirige la misma. Bien puede un inversor demandar a la UE con base en actuaciones supuestamente ilícitas cometidas por la misma... en el presente caso, las demandas no se fundamentan en actuaciones de la UE, sino en actos supuestamente ilícitos cometidos por el Reino de España en el ejercicio de su soberanía nacional. Tampoco la demanda está dirigida contra la UE o implica que sea responsable. Así que no cabe duda que el Reino de España tiene legitimación pasiva para actuar en este arbitraje y por tanto el territorio a fines jurisdiccionales es el español.

64. Tiene igual importancia el argumento expuesto sobre la "desconexión implícita", razonamiento que también acogió la Comisión Europea, y que vendría a significar que en las relaciones intra-UE los Estados Miembros se desvincularían, en sus relaciones entre ellos, del TCE.

Es cierto que de conformidad con el art. 267 del TFUE y la citada decisión Mox Plant del Tribunal de Justicia Europeo, ningún conflicto entre Estados Miembros de la UE puede resolverse por un Tribunal Arbitral "ad hoc", lo que implicaría que lo dispuesto en el art. 27 del TCE, que prevé resueltamen-

te tales Tribunales, quedaría ya sujeto a una desconexión implícita, pese a haberse firmado.

Pero una cuestión son las disputas entre los Estados Miembros y otra bien distinta la que se aplica a una controversia entre un Estado y un sujeto privado. Y aplicando como canon interpretativo la Convención de Viena (art. 31, buena fe, sentido propio o común y corriente de los términos, atendiendo al fin y objeto de los mismos) el Tribunal Arbitral concluye que los términos son claros y que no existe desconexión implícita alguna del TCE.

Y aquí viene una declaración importante del Tribunal (parágrafo 438):

“En realidad, el Tribunal considera que las Partes Contratantes no tenían ninguna necesidad de pactar una cláusula de desconexión, sea implícita o explícita. El papel de una cláusula de desconexión sería, en efecto, el de resolver un conflicto entre el TCE y el TFUE. Sin embargo *no existe ningún conflicto entre los dos Tratados*. Como se ha dicho en apartados anteriores del presente laudo, la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre una demanda presentada por un inversor de un país miembro de la UE contra otro país miembro de la UE con base en el carácter supuestamente ilícito de actuaciones realizadas en el ejercicio de su soberanía nacional es perfectamente compatible con la participación de la UE como ORIE en el TCE. Y como veremos en sucesivos apartados del presente laudo, *no existe ninguna norma de derecho de la UE que impida a los Estados Miembros de la UE resolver mediante arbitraje sus controversias con inversores de otros Estados Miembros. Tampoco existe norma alguna de derecho de la UE que impida a un Tribunal Arbitral aplicar el derecho de la UE para resolver semejante disputa*”

Nótese la diferencia con las disputas entre los propios Estados Miembros. Otra cuestión, cercana pero diferente, es qué ocurriría si, llegado el caso, existiera contradicción o inconsistencia entre el TCE y el derecho de la UE, que tendría a su vez que resolver el Tribunal Arbitral. Y aquí, aplicaría la solución del asunto *Electrabel c. Hungría*, que claramente establece que si hay contradicción en cuanto al fondo, prevalecería el derecho de la UE. Esto es, sería competente el Tribunal Arbitral, pero el derecho comunitario europeo desplazaría al Derecho energético previsto en el Tratado. Pero aquí no se da el caso.

65. En línea parecida el Reino de España indica que el art. 344 TFUE establece que no se permite a los Estados Miembros aplicar arbitrajes sobre derecho de la UE. Y ello, mediante un sofisticado argumento que indica que no se trata simplemente de impedir el sometimiento a arbitraje de controversias entre Estados, tal como hemos visto justo en el apartado anterior. Yendo un paso más adelante, la Demandada entiende que una interpretación literal de dicho precepto impide por completo aceptar que el Estado ponga en juego, incluso en controversias con particulares, el derecho de la UE, puesto que podría afectar a la *responsabilidad del Estado*, porque “si surge esta controversia incidiría inherentemente en la interpretación de la legislación europea y por tanto debería permanecer dentro de la jurisdicción de las instituciones europeas”.

La tesis es rechazada por el Tribunal Arbitral. Indica que si la tesis fuera cierta, ningún Tribunal estatal podría decidir nunca tema alguno que implique una interpretación de los Tratados europeos cada vez que la responsabilidad del Estado está en juego, y sin embargo, con toda habitualidad los Es-

tados Miembros son demandados ante los propios Tribunales nacionales donde se aplica el Derecho y la interpretación de los Tratados; y de igual forma un Estado Miembro puede pactar convenios arbitrales en disputas que pueden implicar temas de derecho europeo. "...hoy en día es universalmente aceptado que un Tribunal arbitral no solo tiene el poder sino incluso el deber de aplicar el derecho de la UE". El art. 344 tiene un alcance más limitado, y se trata de que el Tribunal de Justicia tenga la última palabra sobre la interpretación del derecho de la UE para asegurar su interpretación uniforme. Por ello es lógico que se trate solamente de prohibir acuerdos de resolución de disputas *entre Estados Miembros, pero no afecta a arbitrajes con inversores*. Y el TCE no admite reservas.

Tampoco existe norma alguna de orden público europeo que impida resolver esta disputa mediante arbitraje, ya que ni se valoran actos comunitarios, ni hay demandas dirigidas contra la UE, ni las normas españolas discutidas se afirman contrarias al derecho de la Unión. Ni aun cuando se haya iniciado un procedimiento de examen (preliminar) sobre ayudas de Estado, puesto que no se ha resuelto y en todo caso, en su momento, si hubiera que atenderlo así se haría y bajo control del Juez pertinente, pero no en este momento.

66. En relación con las cuestiones de fondo, que examinaremos dentro del limitado ámbito que supone restringir el estudio a las normas de 2010 sin incluir las de 2013, capitales desde luego en todo el complejo estudio de la cuestión y sin las cuales no se puede tener una opinión definitiva sobre el genuino alcance de la aplicación de estos conceptos, el Tribunal Arbitral analiza la idea de expropiación en primer lugar.

67. El art. 13.1º TCE, prohíbe medidas de nacionalización, expropiación o de efecto equivalente, salvo por motivos de interés público, y siempre de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización, que ha de ser rápida, adecuada y efectiva.

68. Según los Demandantes, las normas de 2010 ocasionaron un brutal impacto a la rentabilidad de la actividad y constituyen expropiación de una parte sustancial del valor y de los rendimientos de la inversión. Aunque la titularidad no se vea afectada, la disminución del valor económico de la inversión es suficiente para caracterizar una expropiación indirecta. No es necesario, dicen, la destrucción total de la inversión o una pérdida de control bastando una interferencia significativa en el disfrute de la inversión o su beneficio.

A juicio del Tribunal Arbitral, examinando el art. 1. 6 del TCE, consiste en su participación indirecta en la sociedad Grupo, ya que invirtieron en acciones. Por el contrario, las Demandantes sostienen que invirtieron en rendimientos, uno de los supuestos específicos de este art. 1. 6 TCE y las medidas en disputa afectaron a sus flujos de caja futuros. Esto es, las normas de 2010, al reducir el rendimiento de las plantas, han expropiado tales rendimientos.

Sin embargo, y esto es esencial, el Tribunal Arbitral no comparte este argumento. El objeto de la inversión no fueron los rendimientos, sino la compañía Grupo. Y, como dice la Demandada, una inversión protegida bajo el art. 1.6 TCE debe ser poseída y controlada por el inversor y las Demandantes ni poseen ni controlan los rendimientos *futuros* de las plantas, los cuales por tanto no se han incorporado a su patrimonio. En definitiva, el Tribunal Arbitral estima que las Demandantes invirtieron en acciones y no en rendimientos. Y por ende, lo que hace el Tribunal Arbitral es examinar, para abordar si hubo expropiación, si las medidas tuvieron el efecto de privar total o parcialmente al inversor de sus derechos como accionista del Grupo.

No obstante, el Tribunal Arbitral, indica que comparte con muchos otros Tribunales Arbitrales que el canon o *criterium* de expropiación indirecta en derecho internacional implica una afectación "sustancial" de los derechos de propiedad del inversor.

Añade el Tribunal Arbitral que dicha afectación puede realizarse en el caso de una efectiva privación de todo o parte de los bienes objeto de la inversión o de una pérdida de valor que pueda ser equivalente por su magnitud a una privación de la inversión.

A juicio del Tribunal Arbitral, no está en discusión que las Demandantes siguen siendo titulares de las acciones del Grupo, que sus derechos como accionistas no han sido limitados o afectados por las medidas del año 2010 y que sigue operando y produciendo ganancias y aunque tales medidas hayan afectado a su rentabilidad la sociedad no ha sido privada de sus activos.

Indican las Demandantes que la disminución de la rentabilidad supone disminución del valor accionarial ocasionando una pérdida de rentabilidad de magnitud tal que es considerada grave en el entorno de negocios.

El Tribunal Arbitral indica que para que una pérdida de valor sea equivalente a una expropiación tiene que ser de tal magnitud que equivalga a una privación de propiedad (destrucción de valor) y a su juicio la lesión producida por la afectación que han supuesto las normas de 2010 no sería por sí misma suficiente para caracterizar una expropiación.

"De seguir el razonamiento de las Demandantes, se llegaría al resultado de que cualquier medida que afecte a la rentabilidad de una sociedad pudiera ser considerada expropiatoria por el solo hecho de que conlleva una disminución de las ganancias de la misma y por consiguiente de su valor. Ello por supuesto no puede ser así. Para que una medida pueda ser considerada como equivalente a una expropiación, sus efectos tienen que ser de tal magnitud que se pueda considerar que el inversor haya sido privado total o parcialmente de su inversión. Una simple disminución del valor de las acciones objeto de la inversión no puede por tanto caracterizar una expropiación indirecta, a menos que la pérdida de valor sea tal que se pueda considerar equivalente a una privación de propiedad".

Parece, dicho con respeto, un cierto apriorismo, ya que nadie puede negar que una merma simple sea toda una operación confiscatoria. Pero lo que resulta mucho más discutible es que ligue tal afirmación a la idea de que "Aunque dicha reducción de rentabilidad pueda haber tenido serias conse-

cuencias económicas y financieras, el Tribunal Arbitral estima que no es de tal magnitud para considerar que el valor de la inversión haya sido destruido. Las mismas Demandantes admiten que aunque haya sido reducida la rentabilidad de las plantas se mantuvo positiva (evidentemente al tratarse de una versión no confidencial los números se han suprimido. Y el análisis económico del Derecho, ciertamente exige conocer números, sin los cuales, resulta complicado y aventurado dar un juicio sobre lo que significa realmente una disminución de valor, para entender, o no, que es equivalente a una expropiación parcial).

En todo caso, el Tribunal Arbitral estima que las Demandantes no han probado que las medidas discutidas en este asunto fueran equivalentes a una expropiación. Si lo hubieran sido – y no lo sabemos ya que exactamente los datos no figuran en esta versión no confidencial como es lógico – realmente parece un tanto bizantina la discusión anterior sobre si el objeto de la litis eran las acciones o su rendimiento, por cuanto, también una disminución equivalente a una destrucción de valor, habría ameritado un laudo positivo.

En definitiva, lo que está pendiente de conocer es qué entiende este Tribunal Arbitral por “destrucción de valor” tras haber reconocido que “dicha reducción puede haber tenido serias consecuencias económicas y financieras”. En pura lógica, tendría que haber determinado, siquiera, un porcentaje de disminución que entendiera que sí comienza un umbral de destrucción de valor, y que ya comienza a activarse un juicio confiscatorio.

69. Cuestión relevante es la referida a los “Medios eficaces para la tramitación de las demandas” (art. 10.2º) del TCE, que dispone: “Las Partes Contratantes se asegurarán que su derecho nacional proporcione medios eficaces para la tramitación de las demandas y el ejercicio de los derechos en relación con las inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión”.

La cuestión es saber si un Decreto – Ley, como el 14/2010, puede ser impugnado, partiendo de su urgencia, de la falta de pluralidad política en su discusión, de su falta de enjuiciamiento ordinario ante la jurisdicción contenciosa, de su imposición sin cuestionamiento dada su fuerza de Ley.

El propio Tribunal Arbitral reconoce que el canon de exigencia de instrumentos eficaces impone a los Estados proporcionar un marco legal que garantice a los inversionistas recursos eficaces para realizar y proteger sus inversiones. Pero añade inmediatamente (parágrafo 470)

“Al verificar si se cumple esta obligación los Tribunales deben examinar el sistema legal en su conjunto. No impone a los Estados obligación alguna en cuanto a la manera en la cual se organiza su sistema judicial. Es suficiente que se establezca un sistema adecuado de leyes e instituciones que funcione de manera efectiva”.

Y añade,

“En el presente caso, el Reino de España sostiene que un Real Decreto – Ley puede impugnarse por cualquier ciudadano al pedir al juez ordinario que plantee al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad. También un inversor tendría acceso a los Tribunales españoles por vía de acción de responsabilidad patrimonial, previa presentación por vía administrativa de una reclamación ante el órgano que llevó a cabo la actuación causante de daños y perjuicios”.

“A juicio de este Tribunal Arbitral estas vías son suficientes para cumplir con la obligación de proporcionar medios eficaces. Las Demandantes se quejan de que la cuestión de inconstitucionalidad puede presentarse únicamente de manera incidental en el marco de un proceso ordinario, obligando al inversor a esperar que la Administración dicte una norma de desarrollo o de aplicación del Real Decreto Ley. Sin embargo el estándar de medios eficaces en Derecho internacional no puede llegar a dictar al Estado las modalidades precisas de organización de su sistema de recursos, obligando por ejemplo al Estado a disponer de un sistema de control directo de la constitucionalidad de sus actos de naturaleza legislativa. También los demandantes se quejan de que la reclamación de responsabilidad patrimonial no permite analizar la constitucionalidad del Real Decreto Ley. Esta última queja, sin embargo, está subsumida en la primera, consistente en lamentar la ausencia de un control directo de constitucionalidad de un Real Decreto Ley en derecho español. Dicha queja, sin embargo, no puede llegar a materializar una violación del estándar de medios suficientes en derecho internacional desde el momento en que la Demandada ha probado la existencia de recursos que permiten tanto el control de constitucionalidad, (aunque sea en vía incidental) como la compensación de daños y perjuicios. Tampoco las Demandantes pueden sostener que esos recursos sean ineficaces, pues ha quedado plenamente evidenciado que la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo, conoció y decidió cuestiones relativas a la constitucionalidad del Real Decreto – Ley. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza las alegaciones de las Demandantes sobre violación del estándar de medios eficaces”.

Quizás sea este el *punctum dolens* más llamativo del laudo, ya que la cuestión de constitucionalidad no solamente exige que se desarrolle una norma de rango inferior al Decreto –Ley para que en el curso de un juicio contencioso contra el Reglamento o el acto administrativo de desarrollo se pueda plantear. Es que corresponde luego solamente al Juez y no a la parte, decidir si la plantea o no.

Ciertamente ha habido recursos de inconstitucionalidad contra las normas reductoras en el sector fotovoltaico, los ya citados y rechazados, recurso de Comunidades Autónomas, (último exponente la resolución del Tribunal Constitucional en Pleno. Sentencia 48/2015, de 5 de marzo de 2015 (*BOE*, 9–IV–2015)). Pero se trata de recursos de inconstitucionalidad planteados por otros Poderes públicos, no por partes de índole particular. Realmente pretender que cabe contestar a un Real Decreto Ley por un particular es lo que los norteamericanos llaman un *“hollow shibboleth”*, una “contraseña vacía de contenido” ya que realmente no es posible desafiar judicialmente un Decreto Ley, por lo que no existe un remedio judicial eficaz frente al mismo. Podríamos extendernos ampliamente sobre este punto con apoyo de un caudal muy amplio de doctrina que confirmaría lo dicho. No parece necesario. Por muy deferente que sea el Derecho Internacional con la organización interna de los Estados, si existe un Tratado concreto, como el TCE que sí exige un remedio eficaz de salvaguardia de la tutela judicial efectiva, es realmente arduo afirmar que existe frente a un Decreto Ley por parte de un particular, de un sujeto privado, de una persona singular o colectiva de carácter no público.

70. Asimismo las Demandantes entienden que se vulneró la confianza legítima, que sabemos establecida positivamente en la Ley 30/1992, según hemos indicado. En particular, existe una modalidad de confianza legítima en el art. 10.1 del TCE en forma de trato justo y equitativo. Incluso indica que “fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y trans-

parentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en sus territorios”.

El Tribunal Arbitral, analiza la evolución y su estabilidad, descartando no obstante entrar para no extralimitarse en el año 2013, ya que no es objeto de examen.

Y respecto del año 2010, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que no ha existido tal inestabilidad.

En cuanto a las expectativas legítimas, el Tribunal Arbitral, estima que pese a que pudieran estar estas normas dirigidas a un grupo de inversores, eso no les convierte en compromisos específicamente dirigidos a cada uno de ellos. “Las normas en discusión no pierden por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general” (parágrafo 493).

En cuanto a las expectativas legítimas propiamente dichas, tiene que fundarse en un análisis objetivo, no siendo suficiente la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión. Asimismo, dice el Laudo, la aplicación del principio depende de que la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo relevante al respecto las representaciones eventualmente realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión.

Y el Tribunal no cree que la publicación y diseminación de folletos, la campaña realizada para captar inversiones, por sí misma haya generado expectativa legítima alguna en cuanto al hecho de que la tarifa prevista en el momento de la inversión no iba a ser modificada. Con lo cual hay que preguntarse si en el resto de los elementos de la inversión, en concreto en el dato mismo de atraer inversiones, si fue eficaz tal campaña, ya que si lo fue, no puede dejar de señalarse que existe algún tipo de contradicción en el razonamiento del Tribunal. Si la campaña fue efectiva y decenas de inversionistas acudieron, es porque apreciaron todos los elementos de que se componía esa llamada, esa convocatoria, y en materia de inversiones, las expectativas fundadas y no meramente especulativas, pueden perfectamente distinguirse en función de la actitud del convocante, en nuestro caso el Estado.

Tampoco aquí el Tribunal Arbitral— tras reconocer que tales documentos y campaña indican voluntad de atraer inversiones— admite que tiene fuerza suficiente para generar expectativas legítimas de permanencia de la tarifa durante toda la vida regulatoria de las plantas.

“A juicio del Tribunal Arbitral, un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no va a ser modificada” (se supone, hay que añadir, que a la baja). En el caso *Electrabel c. Hungría*, utilizado por el Tribunal Arbitral, se incluía

que los cambios futuros tenían que hacerse de manera predecible y teniendo en cuenta las circunstancias de la inversión. Tendríamos que plantearnos seriamente si tales elementos concurren en este caso. Ciertamente la evolución es un elemento consustancial al desenvolverse de los ordenamientos jurídicos, más la estabilidad tiene que tener algún significado cuando se utiliza para atraer inversiones y las legítimas expectativas también. Buscar el equilibrio es clave, ya que así como no cabe la hibernación de una determinada regulación, tampoco cabe defraudar a decenas de inversores, porque además, lo que se gana en el corto plazo, se vuelve en contra a largo plazo. Por ejemplo, pasando de la vanguardia en la energía solar fotovoltaica a estar entre los últimos. La insistencia del Tribunal Arbitral en exigir un compromiso específico como fórmula mágica de la ciencia jurídica que como bálsamo de Fierabrás (Don Quijote Capítulo X Libro I), sea la pócima que efectivamente comprometa al Estado que desee atraer inversiones, es una quimera, dicho con todo respeto. No se puede pretender que la regulación concluya en un haz de contratos. El Derecho tiene otros instrumentos, de Derecho Internacional y de Derecho Público, que debidamente ponderados y con análisis económico y técnico arrojan soluciones plausibles en el medio y largo plazo también.

Otra cosa es que existiera jurisprudencia previa que quizás hubiera alumbrado la tesis de que el Estado podía cambiar sin dudar, y que no cabía esperar que la estabilidad fuera un bien público ligado a la seguridad jurídica de forma suficientemente sólida y robusta como para permitir confiar en la normativa establecida. Lo que parece afirmar así el Tribunal Arbitral es que no basta con fiarse de la palabra momentánea de la Administración, sino que hay que hacer un análisis complejo, completo, histórico, más allá de la norma, examinando resoluciones judiciales, el papel de la doctrina, en fin, una completa tesis sobre el ámbito inversor.

No existe pues a juicio del Tribunal Arbitral expectativa razonable alguna desde el ángulo del Derecho internacional.

Y además, según el mismo, el cambio responde al interés general, y por otra parte, entiende que la vida útil de una instalación alcanza los treinta años como máximo, lo que se demostraría porque los contratos de arrendamiento de los sitios donde se ubicaban las instalaciones eran precisamente de treinta años en su mayoría, si bien, tenían cláusulas de prórroga.

Y también rechaza el Tribunal Arbitral que las limitaciones de horas anuales elegibles a la tarifa en función de la zona climática según la radiación solar media en España y el tipo de tecnología, sean elementos constitutivos de una frustración de las expectativas legítimas. No cabe congelar el marco regulatorio, que es la consecuencia según este Tribunal que sucedería de exigirse tales vinculaciones. Lo que supone que en realidad no se han producido alteraciones sustanciales y no justificadas del cuadro inversor previsto en 2007 y 2008, para el Tribunal Arbitral.

Asimismo estima racional económicamente la limitación temporal de horas elegibles, y son criterios objetivos y concordantes con el interés público,

dado el déficit de tarifa y el precio pagado por el consumidor medio doméstico, superior ampliamente a la media de la Unión Europea.

Y lo mismo entiende el Tribunal respecto de los huecos de tensión y el peaje de acceso, en parte debidos a normas comunitarias, fueran contrarias a la racionalidad jurídica y económica. Se trata de evitar el colapso técnico y lograr mayor seguridad y mejor gestión, según entiende el órgano decisor siguiendo la tesis de la Demandada. Aunque no se aplique a la energía eólica, porque entiende el Tribunal Arbitral que el Estado bien puede aplicar reglas diferentes a sectores industriales diferentes sin que haya discriminación.

Para este Tribunal Arbitral, hay modificaciones en el marco regulatorio, pero son limitadas y mantienen la esencia de la atracción inversora, así en lo que hace a la tarifa garantizada a lo largo de la vida útil de las instalaciones.

71. En cuanto a la retroactividad, al alegar las Demandantes que al aplicarse inmediatamente a plantas ya registradas las medidas de 2010 menoscabaron derechos adquiridos por el Grupo, y que tal derecho adquirido era un activo incorporado e integrado en su patrimonio.

Pero el Tribunal Arbitral rechaza asimismo tal argumento. No hay compromisos contractuales concretos. Y por tanto aplica el razonamiento ya indicado de que el marco regulatorio no puede permanecer congelado. No hay un derecho adquirido al mantenimiento de la tarifa según este Tribunal Arbitral, y no cabe pensar en retroactividad por consiguiente.

72. El Tribunal Arbitral entiende que ha sido exitosa la posición de la Demandada en el fondo, pero no tanto en los temas de competencia procesal, por lo que no habiendo pacto entre las Partes, tiene derecho al reembolso de una parte de sus propios gastos razonables. Y tras un cálculo atribuye medio millón de euros a la Demandada. Además están los gastos de peritaje y costos del propio Arbitraje, reembolsables a la Demandada por mitad (134. 604, 14 euros y 5.155 \$ US, más I.V.A. y gastos de audiencia (16. 610,31 euros), totalizando 1. 310.785, 45 euros y 5.155\$US.

73. Al rechazar en su totalidad las demandas, queda en pie la cuestión de qué ocurrirá con los Arbitrajes venideros que van a recaer en otros foros y en relación también con las normas de 2013 y siguientes. Indudablemente este Laudo será parte de los Antecedentes, pero habrá que estar a las cuestiones nuevas que estas otras normas hayan establecido.

74. Mientras el futuro de la industria fotovoltaica en nuestro país, no está viviendo ya la época de vanguardia que tuvo. Y habrá que preguntarse el impacto que este tipo de decisiones van a tener en futuras inversiones, así como en la "mejor regulación" que a buen seguro se acabará exigiendo.

75. El laudo está acompañado de una opinión disidente formulada por uno de los árbitros. Se trata de una opinión breve y concisa, pero de gran interés en cuanto que disiente de la posición mayoritaria justamente en el aspecto más fundamental y esencial de la decisión arbitral.

76. La opinión disidente coincide con la mayoritaria en diversos aspectos, como son el reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia planteada o, en lo que se refiere al fondo, en el estándar de expropiación indirecta, en cuanto que el mismo se caracteriza por la existencia de una afectación sustancial de los derechos de propiedad. Por lo que como el arbitraje se limitó a la normativa dictada hasta 2010, coincide el árbitro disidente en que no se ha probado la existencia de una expropiación indirecta de la inversión en el sentido del art. 13.1º TCE.

77. La divergencia del voto particular radica en que no se han respetado las “expectativas legítimas” de las demandantes que integran el estándar de “trato justo y equitativo” recogido en el art. 10.1º TCE. Y aunque el árbitro disidente emplea el mismo criterio para determinar la existencia de tales expectativas, es decir, un estándar o análisis objetivo, que debe ser evaluado caso por caso y que depende de que las expectativas hayan sido razonables en el caso concreto, teniendo especial importancia a este respecto el comportamiento del Estado receptor para inducir a realizar la inversión. Sin embargo, disiente por dos motivos, que pasamos a exponer.

78. En primer lugar, porque en origen había existido una norma que creaba un fuerte incentivo a invertir en la generación de energías renovables, dirigida a un número determinable de posibles interesados. En efecto, según esta posición la creación de expectativas legítimas en el inversor no se encuentra limitada únicamente a la existencia de un compromiso específico (contractual o fundado en declaraciones o condiciones emanadas del Estado) sino que puede fundarse en el ordenamiento vigente en el momento de la inversión. En el caso controvertido, los RD 661/07 y 1578/08 fijaron un *Feed in tariff* (FIT) fijo con una vigencia de 25 años como mínimo, que se declaraba “no alcanzado por futuras revisiones tarifarias”. A esto se sumaron otros documentos emitidos al mismo tiempo por el Gobierno español (Plan de Energías Renovables 2005–2010, folleto “El Sol Puede Ser Suyo”), que contribuyeron a propiciar a que se efectuasen las inversiones en plantas fotovoltaicas. Por consiguiente, en base a la citada normativa y documentación las demandantes pudieron creer objetivamente que el régimen tarifario establecido sería mantenido y no alterado. Los RD 661/07 y 1578/08 articularon un régimen de promoción o fomento, destinado a crear incentivos diferenciados para orientar la inversión hacia las energías renovables. Este comportamiento legítimo de las autoridades españolas creó expectativas objetivas en los inversores. Además, el régimen implementado por las citadas normas no se dirigía de manera general a un colectivo impreciso o indefinido, sino a un número reducido de potenciales destinatarios, en concreto a los que pudiesen contar con el capital suficiente para acometer una inversión como la que en este sector se requería.

79. En segundo lugar, el régimen especial de promoción de las inversiones en el campo fotovoltaico no tenía una vigencia indefinida, sino que la inversión tenía que ser inscrita en el Registro pertinente y debía materializarse con anterioridad a un plazo determinado. Es decir, existía un plazo breve

para tener derecho al beneficio. De esta manera, como las demandantes realizaron la inversión cumpliendo todos los requisitos y condiciones necesarios para obtener el beneficio esperado no es jurídicamente aceptable que el Estado receptor modifique o suprima tales beneficios.

80. El voto disidente pone énfasis en destacar que reconocer expectativas legítimas a las demandantes no significa que la potestad reglamentaria del Estado receptor quede congelada para siempre o que su legislación no pueda ser modificada en consonancia con el interés público. La idea que se propugna es que dicho Estado siempre conserva intacta su potestad reglamentaria y puede modificar la normativa si lo estima oportuno. Pero si el Estado receptor, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, afecta negativamente o perjudica derechos adquiridos o expectativas legítimas de los inversores debe indemnizar los perjuicios que cause.

81. La opinión disidente, pese a su condición de minoritaria, propone, siempre que se acepten sus presupuestos, una solución de indudable interés y tal vez de gran proyección futura.

82. Hay que indicar que la energía fotovoltaica, de la que llegamos a ser líderes y hoy, a juicio del Premio Nobel Stiglitz, estamos en franca retirada, sin embargo goza de buena salud en otros países. Así Estados Unidos añadirá 16 gigavatios de energía solar a la red en 2016. Según la consultora GTM *Research*, uno de los principales factores para este crecimiento explosivo son las ayudas públicas concedidas por el gobierno de Estados Unidos, que viene subvencionando las instalaciones domésticas con un crédito fiscal por valor del 30% del coste. Esto es, por cada 100 dólares gastados en forrar con paneles su tejado, el propietario de la casa puede descontarse 30 del resultado a ingresar de sus declaraciones de la renta. Nótese que a diferencia de Alemania o España, la fórmula es retribuir con ayudas directamente al propietario instalador por el coste de la instalación. La medida se introdujo en 2008. En 2016 se añadirán así 16 gigavatios a un parque que ahora cuenta con poco más de 27, hasta rozar los 43 gigavatios (miles de millones de vatios). Para hacerse una idea de la magnitud del crecimiento basta con mirar a España, donde apenas se instalaron 0,049 gigavatios en el mismo periodo y donde la potencia fotovoltaica total está ahora en torno a los 5 gigavatios. Los datos, extraídos del último informe de GTM Research sobre el mercado de la energía solar en Estados Unidos, muestran además que el auge de la fotovoltaica a pequeña y mediana escala le permite incluso competir con las grandes centrales. De cada 100 vatios de nueva capacidad añadida a la red durante 2015, hasta 30 proceden de paneles fotovoltaicos, frente a tecnologías que sólo están al alcance de grandes corporaciones, como el gas natural (29 de cada 100) y la eólica (que con 39 de cada 100 nuevos vatios sigue siendo la reina del mercado). También sirve, para tener referencias de esta pasión solar, echar un vistazo a otros países desarrollados. Los 16 nuevos gigavatios de Estados Unidos a instalar durante este año sólo pueden compararse con los 10 que planea añadir Japón, y dejan en ridículo el crecimiento en los principales mercados europeos como Francia, Alemania o Reino Unido, donde se

instalarán entre 1 y 1,6 nuevos gigavatios este año (Fuente: El Economista.es. 15/03/2016)

Bibliografía

- ALI, H.: "In the Eye of the Storm: Spain's Nexus in Investment Disputes", *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, 18/2013, pp. 1 ss.
- BOQUERA OLIVER, J.M.: "Administración pública y transacción", *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 141, año 1965, pp.321 y ss.
- CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F.: *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2014.
- DÍEZ HOECHLEITNER, J.: "El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea", *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 8, 2010, p.20
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras", Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, *Jornadas sobre "La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina"* de 11 y 12 de diciembre de 2003
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa", *Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 329 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 369-397.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/2014", *La Ley: Unión Europea*, nº 18, septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional", *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 37-90.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El Derecho económico internacional de la globalización", *Guerra y Paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicios Editoriales de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197-235.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Civitas, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Arbitraje internacional y sus dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2006, pp. 1-24.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 53-91.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *La protección de las inversiones exteriores. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España*, Valencia, 2005.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: "Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor", *Homenaje al Profesor González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1563 ss.
- GIMENO FELIU, J.M.: "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos", *Derecho Fundamentales y otros estudios. Ho-*

- menaje al profesor Lorenzo Martín Retortillo*, t. II, Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473 ss.
- GIMENO FELIU, J.M.: "Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?", *La contratación pública a debate: presente y futuro* (R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel, coord.), Navarra, 2014, pp. 25 ss.
- GIMENO FELIU, J.M.: "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe Cora. Balance y prospectiva", *Revista de Derecho Público de Cataluña*, nº 47, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico-administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)", *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].
- HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- IRURETAGOiena AGUIRREZABALAGA, I.: *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010.
- IRURETAGOiena AGUIRREZABALAGA, I.: "Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI", *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. II, 2002, pp. 162 ss.
- PAREJO ALFONSO, L.: "La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración", *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, pp. 153 ss.
- PASCUAL VIVES, F.J.: "La institución del *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, pp. 353.
- PASCUAL VIVES, F.J.: "El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, www.reei.org.
- PASTOR PALOMAR, A.: "Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIs celebrados por España", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006, pp. 271 ss.
- PÉREZ MORENO, A.: "Justicia Administrativa y fórmulas alternativas", *La Justicia Administrativa. Homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, 2003, pp. 175 ss.
- Rosa Moreno, J.: *El arbitraje administrativo*, Madrid, 1998.
- SORIANO HINOJOSA, A.: "El Estado y las administraciones públicas ante el arbitraje internacional", *Arbitraje*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 447 ss.
- TRAYTER, J.M.: "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, pp. 75 ss.
- TORNOS, J.: "Medios complementarios a la resolución judicial de los conflictos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 136, año 1995, pp. 149 ss.
- ZAMBRANA TEVAR, N.: *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, 2010.

Del mayor interés son las *Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid, 6 y 7 febrero 2015.

Pueden consultarse los trabajos siguientes:

"La resolución extrajudicial de conflictos", J. Bermejo Vera.

"La resolución extrajudicial de conflictos de las Administraciones Públicas en 2015", A. Huergo Lora.

"Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad", R.O. Bustillo Bolado

Comunicaciones:

"La mediación administrativa: una realidad jurídica", B. Belando Garín.

"Habilitación legal y límites de la actividad de resolución extrajudicial de conflictos de los comisionados parlamentarios", C.M. Ávila Rodríguez.

"La función administrativa de control como manifestación de la función constitucional de control. Bases para un sistema de justicia administrativa", J. Agudo González.

"Las Juntas Arbitrales de vivienda en Andalucía: ¿un caso aparte?", M.L. Gómez Jiménez.