

LOS ARBITRAJES DE ENERGÍAS RENOVABLES CONTRA ESPAÑA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO ACHMEA

RENEWABLE ENERGY ARBITRATION AGAINST SPAIN IN THE LIGHT OF COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION JUDGMENT IN ACHMEA CASE

DORINA C. SUCIU*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ASUNTO ACHMEA. III. ESPAÑA ANTE LOS ARBITRAJES DE INVERSIONES EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El proceso de promoción y fomento de la inversión en energías renovables en España ha dejado a su paso una avalancha de demandas de arbitraje de inversiones provocadas por la frustración de las expectativas de los inversores debido a las sucesivas reformas del régimen retributivo extremadamente generoso que ha atraído un gran volumen de inversión extranjera. El presente trabajo pretende reflexionar sobre el futuro de estos controvertidos arbitrajes de inversiones a la luz del reciente pronunciamiento del TJUE en el asunto *Achmea*. El Tribunal determina la incompatibilidad del mecanismo de solución de diferencias inversor-Estado previsto por el Tratado Bilateral de Inversiones entre Países Bajos y Eslovaquia con el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea. Partiendo de esta premisa, este análisis aspira a determinar si los arbitrajes de inversiones a los que se enfrenta España se pueden paralizar sobre la base de la jurisprudencia definida en el asunto *Achmea*, dado que constituyen mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado similares a los establecidos por el Tratado sobre la Carta de la Energía.

ABSTRACT: The promotion and development of investment in renewable energy in Spain have caused numerous investment arbitration demands induced by the frustration of investors' expectations due to the reshaping of the extremely generous remuneration regime that has attracted a large volume of foreign investment. The purpose of this contribution is to think over the future of this controversial investment arbitration in the light of the recent CJEU ruling in the Slovak Republic v. Achmea case. In this matter, the Court determines the incompatibility of investor-State dispute settlement mechanism established by the Netherlands-Slovakia Bilateral Investment Treaty with the principle of autonomy of European Union law. Based on this premise, this analysis pretends to determine whether the investment arbitration faced by Spain could be terminated given the jurisprudence settled in the Achmea case, as they constitute similar

Fecha de recepción del trabajo: 8 de enero de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de mayo de 2019.

* Contratada Predoctoral del Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Almería. Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Correo electrónico: cs408@ual.es.

investor-State dispute settlement mechanisms, with the only difference that they are based on the Energy Charter Treaty.

PALABRAS CLAVE: Mecanismo de solución de diferencias inversor-Estado, Unión Europea, arbitraje de inversiones, energías renovables, Tratado de la Carta de la Energía, tratados bilaterales de inversiones.

KEYWORDS: *Investor-State dispute settlement mechanism, European Union, investment arbitration, renewable energies, Energy Charter Treaty, bilateral investment treaties.*

I. INTRODUCCIÓN

Una regulación que se ha calificado como inestable, insegura e imprevisible en materia de promoción y fomento de las energías renovables debido a la previsión de un régimen retributivo a la producción de este tipo de energía muy generoso, y su posterior modificación y supresión a causa del déficit tarifario ocasionado, ha colocado a España en la posición procesal de demandada en una serie de arbitrajes promovidos por inversores extranjeros que tienen como fundamento el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), y que persiguen la obtención de una indemnización económica que compense el lucro cesante al que han dado lugar las sucesivas reformas legislativas de corte restrictivo en esta materia¹. Esta situación ha convertido al Estado en uno de los países con mayor número de casos abiertos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, CIADI), y los recientes acontecimientos en el seno de la Unión Europea (en adelante, UE) podrían ofrecer una vía de argumentación más sólida, que permita reforzar la posición defensiva de España, bien durante la fase de alegaciones en aquellos procedimientos arbitrales que se encuentran en curso, o bien para frenar o impedir la ejecución de aquellos laudos ya emitidos que han condenado a España al pago de una indemnización.

A día de hoy se puede afirmar que ninguna materia es más actual, polémica y conflictiva que la política de inversiones de la UE que en los últimos años se ha venido caracterizando por constituir el centro de los más encendidos debates doctrinales y jurídicos. De esta forma, una de las vertientes más relevantes de estos debates viene representada por la discusión acerca de la pervivencia y puesta en marcha de los Mecanismos de Solución de Diferencias Inversor-Estado (en adelante, mecanismo ISDS por sus siglas en inglés, *Investor State Dispute Settlement*), ya vengan estos contemplados en los paquetes de negociación de los ambiciosos acuerdos comerciales de nueva generación que la UE está negociando con terceros Estados o sean objeto de regulación en los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, TBI) vigentes entre los Estados miembros de la UE, denominados TBI intra-UE. Sea como fuere la realidad es que los avances interpretativos y definitorios de la política de inversiones se suceden a nivel europeo a una velocidad vertiginosa y debido a la interconexión evidente entre el ordenamiento jurídico de la UE,

¹ El Tratado sobre la Carta de la Energía hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>. Todos los enlaces a páginas web que se han referenciado en el presente trabajo han sido consultados por última vez el 15 de mayo de 2019.

los ordenamientos nacionales de sus Estados miembros y el sistema internacional, una aclaración del sentido de determinados preceptos en el primero puede tener consecuencias en los restantes.

La compatibilidad de los mecanismos ISDS previstos en los acuerdos ambiciosos de nueva generación con el orden jurisdiccional de la UE ha sido recientemente confirmada en el Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE), de 30 de abril de 2019². En línea con las conclusiones del Abogado General (en lo sucesivo, AG) Bot³, el Tribunal considera que el mecanismo controvertido es respetuoso con el principio de autonomía del Derecho de la UE y no vulnera la exigencia de garantizar la aplicabilidad efectiva de las disposiciones de los Tratados de la UE. Por lo que se refiere a la posible afectación de los derechos de los particulares, el Tribunal concluye que el mecanismo ISDS no afecta a los principios que garantizan la igualdad de trato de los inversores ni mucho menos el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el acceso a un tribunal independiente e imparcial.

La compatibilidad de los mecanismos ISDS previstos por los TBI intra-UE, por otro lado, ha sido abordada, y rechazada, en el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Achmea*, de 6 de marzo de 2018⁴. La publicación de esta sentencia ha dado lugar a una amplia

² Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341. Las primeras reacciones a este pronunciamiento ya se han publicado en algunos blogs jurídicos, véanse: CROISANT, G., "Opinion 1/17 - The CJEU Confirms that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law", *Kluwer Arbitration Blog*, 30 de abril de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/30/opinion-117-the-cjeu-confirms-that-cetas-investment-court-system-is-compatible-with-eu-law/>. PEERS, S., "'We aren't the world': The CJEU reconciles EU law with international (investment) law", *EU Law Analysis*, 2 de mayo de 2019. Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/05/we-arent-world-cjeu-reconciles-eu-law.html>.

³ El Abogado General Bot, en sus conclusiones concluye tras una sólida argumentación que el mecanismo ISDS previsto por el Acuerdo CETA es compatible con el Tratado de la UE, el Tratado de Funcionamiento de la UE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot presentadas el 29 de enero de 2019, EU:C:2019:72. Para un comentario global sobre estas conclusiones véanse: CROISANT, G., "CJEU Opinion 1/17 - AG BOT Concludes that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law", *Kluwer Law Arbitration Blog*, 29 de enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/29/cjeu-opinion-117-ag-bot-concludes-that-cetas-investment-court-system-is-compatible-with-eu-law/>. DECLEVE, Q., VAN DAMME, I., "Opinion 1/17 on CETA: Advocate General Bot finds Investment Court System in CETA compatible with EU law", *International Litigation Blog*, 31 de enero de 2019. Disponible en: <http://international-litigation-blog.com/opinion-1-17-ag-bot/>. GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., "AG Bot in Opinion 1/17. The autonomy of the EU legal order v. the reasons why the CETA ICS might be needed", *European Law Blog*, 6 de febrero de 2019. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2019/02/06/ag-bot-in-opinion-1-17-the-autonomy-of-the-eu-legal-order-v-the-reasons-why-the-ceta-ics-might-be-needed/>. GEORGAKI, K., "Clothing Investor-State Arbitration with EU Legitimacy: AG Bot in Opinion 1/17", *Oxford Business Law Blog*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/03/clothing-investor-state-arbitration-eu-legitimacy-ag-bot-opinion-117>. SCHEPEL, H., "A parallel universe: Advocate General Bot in opinion 1/17", *European Law Blog*, 7 de febrero de 2019. Diponible en: <https://europeanlawblog.eu/2019/02/07/a-parallel-universe-advocate-general-bot-in-opinion-1-17/>.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158. Una contribución muy reciente sobre las cuestiones planteadas por el asunto *Achmea*, que contextualiza el caso realizando un análisis del contenido de la sentencia y la problemática de los TBI intra-UE abordando las posibles consecuencias que este pronunciamiento puede tener sobre los mecanismos ISDS previstos en diversos

discusión sobre su contenido y alcance, no sólo en el plano jurisprudencial, sino también en el doctrinal. Tal como señala el AG en sus conclusiones, la petición de decisión prejudicial “brinda, por primera vez, al Tribunal de Justicia la oportunidad de expresarse acerca de la espinosa cuestión de la compatibilidad con los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE de los TBI celebrados entre Estados miembros y, en particular, de los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados (...) instaurados por éstos”. De manera que la trascendencia de este pronunciamiento se debe valorar en el contexto del proceso de derogación de los TBI en el que la Comisión Europea lleva años inmersa y que parece que finalmente está dando sus frutos. Los TBI intra-UE que siguen en vigor son muy numerosos, al igual que sucede con los procedimientos arbitrales entre inversores y Estados miembros al amparo de estos TBI. Aunque la Comisión ha intervenido de forma activa en estos procedimientos, en calidad de *amicus curiae*, defendiendo la incompatibilidad de los TBI intra-UE con el TFUE, esta tesis ha sido sistemáticamente rechazada por los tribunales por considerarse infundada. Asimismo, en reiteradas ocasiones, la Comisión Europea ha instado a los Estados miembros a poner fin a los TBI suscritos cuando aún gozaban de competencia plena en esta materia, señalando como problemas derivados de su vigencia, no sólo la posible discriminación entre los inversores de la UE, pues los ciudadanos europeos nacionales de los Estados que habían firmado TBI cuentan con más vías de resolución de conflictos y protección de sus derechos, sino más importante aún, que la regulación de mecanismos ISDS puede afectar a la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE. Las resoluciones que puedan recaer en estos procedimientos de solución de diferencias presentan un carácter vinculante, para los Estados miembros que son Partes en el TBI, sin estar sujetos a examen por parte del TJUE. Ello podría suponer una contravención del sistema jurisdiccional de la UE que determina que el TJUE ostenta en exclusiva la función de interpretación del Derecho de la UE, así como una afectación de la garantía de aplicación uniforme de este derecho⁵.

instrumentos jurídicos (TBI intra-UE, TBI extra-UE, tratados de libre comercio como es el caso del CETA, y otros tratados internacionales como el TCE), la encontramos en la doctrina nacional en FERNÁNDEZ PONS, X., “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto *Achmea*, su contexto e implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018, pp. 316-364. En la doctrina internacional se puede consultar CONTARTESE, C., ANDENAS, M., “A. Court of Justice EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: *Achmea*”, *Common Market Law Review*, Vol. 56, nº 1, 2019, pp. 157–191.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Capital Movements and Investments in the EU*, SWD(2012) 6 final, p. 13. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/system/files/2012-market-monitoring-working-document-03022012_en.pdf. Para situarnos en un contexto general evolutivo que perfile los orígenes de la situación en la que nos encontramos a nivel europeo, debemos señalar que los TBI existentes entre Estados miembros son principalmente acuerdos celebrados en los años 90 por los Estados que formaban parte de la entonces Comunidad de quince miembros con los países del Este que posteriormente se adhirieron a la UE en los años 2004 y 2007. Se trata de acuerdos concluidos cuando una o ambas partes contratantes no habían adquirido la condición de Estados miembros de la UE. Con la adhesión de estos países a la UE el número de TBI intra-UE se ha incrementado drásticamente y rápidamente haciendo que el conflicto entre estos y el Derecho de la UE pasara de ser una mera ficción o problema potencial a constituir una realidad. Los TBI han sido tradicionalmente concluidos por los Estados miembros, sin embargo, su validez y aplicabilidad se han visto sometidas a intensos debates, desde su relación con las libertades fundamentales cuando aún estaba vigente el TCE, hasta la actualidad, bajo el TFUE, donde la mencionada discriminación entre los inversores europeos y la elusión de la función del TJUE se han perfilado como razones aducidas por la Comisión en contra de la pervivencia de estos TBI. Sobre los TBIs intra-UE, puede verse en conjunto:

Esta incompatibilidad de los mecanismos ISDS previstos por los TBI intra-UE puede suponer una nueva línea de argumentación para la defensa del Estado en los arbitrajes de inversiones en materia de energías renovables, en la medida en que estos arbitrajes se basan en el TCE, un acuerdo internacional que prevé un mecanismo de solución de diferencias similar en cuanto a sus características y fundamentos. Es por ello que considero necesario llevar a cabo un estudio más detallado del contenido de esta sentencia, así como reflexionar sobre el futuro de los mencionados arbitrajes de inversiones, a la luz de la interpretación que hace el TJUE.

II. EL ASUNTO ACHMEA

Comenzaré exponiendo de forma simplificada el supuesto de hecho que da lugar a este pronunciamiento. Achmea es una empresa perteneciente a un grupo asegurador neerlandés que, beneficiándose de una liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados que había realizado Eslovaquia en el año 2004, constituyó una filial en este Estado, ofreciendo prestaciones de seguro de enfermedad privado en el mercado eslovaco. La controversia surge, cuando, el 25 de octubre de 2007 entra en vigor una ley mediante la cual Eslovaquia limita parcialmente la liberalización previa, de manera que prohíbe (en lo que afecta al supuesto concreto) la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de enfermedad privado. Esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de la República Eslovaca autorizándose nuevamente la distribución de beneficios a través de otra ley que entra en vigor el 1 de agosto de 2011.

La empresa Achmea entendió que esta legislación le había causado un perjuicio, de forma que inició un procedimiento de arbitraje contra Eslovaquia basado en el artículo 8 del TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia. El arbitraje se llevó a cabo en Fráncfort del Meno en Alemania, siendo el derecho alemán el derecho aplicable al procedimiento. Mediante laudo de 7 de diciembre de 2012, el tribunal arbitral condenó a la República Eslovaca al pago de una indemnización. El laudo fue objeto de recurso de anulación y la resolución que desestima dicho recurso fue, posteriormente, objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania. Este órgano jurisdiccional, aun cuando no comparte las dudas que esgrime la República Eslovaca sobre la compatibilidad del artículo 8 TBI Países Bajos/Eslovaquia con el TFUE, estimó que estas cuestiones eran de considerable importancia a la luz de los numerosos TBI intra-UE y que había que darle al TJUE la inédita oportunidad de pronunciarse sobre estas cuestiones, por lo que decidió plantear una cuestión prejudicial al órgano judicial europeo.

MARIANI, P., “The Future of BITs between EU Member States: are intra-EU Bits compatible with the internal market?”, en SACERDOTI, G., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2013, pp. 265-286. SHAN, W. Y ZHANG, S., “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law*, Vol. 2, nº 4, 2010, pp. 1049-1073. WEISS, F. Y STEINER, S., “The investment regime under article 207 of the TFUE – a legal conundrum: the scope of “foreign direct investment” and the future of intra-EU BITs”, en BAETENS, F., *Investment Law within International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2013, pp. 355-374.

Respondiendo a la petición de decisión prejudicial el TJUE realiza una serie de precisiones e interpretaciones que, tal como prevenía el AG en sus conclusiones, revisten una relevancia primordial. Así, el TJUE comienza contestando a estas cuestiones prejudiciales, perfilando el principio de autonomía del sistema jurídico de la Unión. Señala el Tribunal que:

“[...] un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”⁶.

Una vez resaltado que el punto clave para la resolución de esta cuestión gira en torno al respeto o no del principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, sigue el TJUE recordando lo que ya es jurisprudencia asentada y sistemáticamente recogida en el Dictamen 2/13 acerca de las características esenciales de la Unión y de su Derecho, refiriéndose a los principios de autonomía, primacía y efecto directo. Señala el Tribunal que “para asegurar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión”, para continuar diciendo que, “conforme al artículo 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables”, por lo que “la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE”⁷.

Así, una vez establecidas estas premisas, el TJUE encuentra algunas características problemáticas en relación con los tribunales arbitrales establecidos por cláusulas idénticas o similares a la contenida en el artículo 8 TBI Países Bajos/Eslovaquia. En primer lugar, concluye el TJUE que “el tribunal arbitral previsto en el artículo 8 del TBI podrá verse obligado a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales”⁸. Ello no supondría mayor problema si este tribunal arbitral pudiera considerarse un órgano judicial de los Estados miembros, integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión, pues de ser así, ello implicaría automáticamente la ausencia de cualquier incompatibilidad con el Derecho de la UE y el consecuente respeto al principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. En esta hipótesis, el tribunal arbitral tendría la facultad de interrogar con carácter prejudicial al TJUE, lo que garantizaría la unidad de interpretación y aplicación del Derecho de la

⁶ Sentencia *Achmea*, apartado 32. Conviene tener presente que esta afirmación no es sino un recordatorio de lo ya señalado en el Dictamen 2/13 y jurisprudencia anterior del TJUE. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Adhesión de la Unión al CEDH) de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartado 201.

⁷ Sentencia *Achmea*, apartados 35 a 37.

⁸ Sentencia *Achmea*, apartado 42.

UE y el laudo que pudiera dictarse estaría sometido a las vías internas de recurso donde se puede igualmente efectuar el control de la aplicación del Derecho de la UE, interponiéndose al TJUE en caso de duda. Esta postura implica necesariamente determinar si un tribunal arbitral con las características del previsto por el artículo 8 TBI Países Bajos/Eslovaquia puede considerarse órgano jurisdiccional de un Estado Miembro. A este respecto, el TJUE hace referencia, aun sin explicarla, a la naturaleza excepcional del tribunal arbitral previsto por el artículo 8 TBI y emplea esa misma naturaleza excepcional para descartar la posibilidad de que éste sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

Por otro lado, en la medida en que el TJUE ha aceptado que un tribunal común a varios Estados miembros como el Tribunal de Justicia del Benelux le plantee cuestiones prejudiciales, también examina si el tribunal arbitral del asunto *Achmea* cumple las características de un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros. Así, concluye que tampoco se puede aceptar como válida esta opción, pues al contrario de lo que sucede con el Tribunal de Justicia del Benelux, el presente tribunal arbitral, ni tiene por objetivo garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunes a los Estados implicados, ni constituye un incidente en los procesos pendientes ante los órganos judiciales nacionales⁹.

Seguidamente, analiza el TJUE si el laudo emitido por un tribunal arbitral de este tipo está sujeto “al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial” y, rápidamente, descarta también esta posibilidad, pues el propio TBI Países Bajos/Eslovaquia establece el carácter definitivo de la resolución. Percatándose el TJUE de la posible incongruencia con la realidad, señala que el hecho de que el asunto *Achmea* hubiera llegado a su conocimiento es poco más que una casualidad, porque se da la eventualidad de que el lugar del arbitraje (Fráncfort del Meno) determina que el derecho alemán sea el aplicable a la revisión judicial del laudo, sin que esta revisión y su alcance y el oportuno control en el marco del procedimiento prejudicial esté garantizada a priori por el TBI Países Bajos/Eslovaquia, dependiendo en última instancia del derecho nacional aplicable al arbitraje¹⁰.

En último lugar, analiza el TJUE si el control limitado del laudo que se predica necesario y se acepta como tal en el arbitraje comercial puede resultar aplicable por analogía al presente arbitraje. Al igual que sucede con las anteriores, sin mucho debate, se descarta pronto esta posibilidad señalándose que el origen del tribunal arbitral en el asunto *Achmea* no se sitúa como en el caso de los arbitrajes comerciales en la autonomía de la voluntad de las partes, sino que proviene de un tratado internacional a través del cual los Estados miembros de forma intencionada se comprometen “a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE [...] les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”¹¹.

⁹ Sentencia *Achmea*, apartado 48.

¹⁰ Sentencia *Achmea*, apartados 51 a 53.

¹¹ Sentencia *Achmea*, apartado 55.

A la vista de estas consideraciones el fallo del TJUE es claro y va en la dirección de interpretar los artículos 267 TFUE y 344 TFUE en el sentido de que:

“[...] se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros [...] conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”.

A raíz de esta conclusión se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la sentencia *Achmea* se ha convertido, en un elemento fundamental en materia de protección de las inversiones a nivel europeo. Incluso, hay quien señala que constituye un cambio de paradigma, un punto de referencia en la incipiente jurisprudencia de la Unión en lo relativo a la protección de las inversiones a través de la figura del arbitraje¹², contraponiéndose de forma evidente a las conclusiones del AG Wathelet que, en palabras de Iruretagoiena, “supusieron un efímero espaldarazo para las posiciones que defendían la compatibilidad del arbitraje de inversiones con el derecho de la UE”¹³. El AG se inclina hacia otra interpretación de los artículos concernidos y llega a una conclusión completamente diferente ofreciendo argumentos sólidos a favor de la compatibilidad de los mecanismos ISDS con el Derecho de la UE y buscando las vías necesarias para fundamentar la consideración de los tribunales arbitrales así establecidos como órganos jurisdiccionales de los Estados miembros¹⁴. Por el contrario, el TJUE desarrolla un razonamiento más escueto, dirigido a fundamentar la incompatibilidad de estos mecanismos con el Derecho de la UE.

De ahí que pueda decirse que el pronunciamiento recaído en esta sentencia sienta un precedente determinante que facilita la labor de la Comisión Europea y refuerza su

¹² ARP, B., “Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B.V.” *American Journal of International Law*, Vol. 112, n° 3, 2018, pp. 466-472, en p. 469. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.56>.

¹³ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, n° 60, junio 2018, en p. 4.

¹⁴ Respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas en orden inverso el AG concluye que no se puede considerar que un mecanismo ISDS como el contemplado por el artículo 8 TBI Países Bajos/Eslovaquia pueda suponer una discriminación basada en la nacionalidad (punto 82); propone al TJUE que considere que el tribunal arbitral contemplado por el artículo 8 constituye un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del artículo 267 (punto 131); y, finalmente, si el TJUE se inclina hacia esta última conclusión, indica que no habrá controversia alguna en esta cuestión en la medida en que el tribunal arbitral participaría del diálogo jurisdiccional a que se refiere el Dictamen 2/13 (punto 133). Sin embargo, en la medida en que el TJUE no llegue a esta conclusión, señala el AG que: en primer lugar, el artículo 344 TFUE no se aplica a las controversias entre particulares y Estados miembros como la contemplada en el artículo 8 ya mencionado (punto 153), en segundo lugar, que la Unión no forma parte del TBI y la competencia del Tribunal de Justicia garantizada por el artículo 344 no está en tela de juicio (párrafo 168), ya que además, aún formado el derecho de la UE parte del derecho aplicable a las controversias entre inversores y Estados, ello no implica que tales controversias sean relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados (puntos 173 y 228), y en tercer lugar, en la medida en que el mecanismo ISDS contemplado por el artículo 8 TBI Países Bajos/Eslovaquia tampoco tiene el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido en los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión, debe considerarse definitivamente compatible con el artículo 344 TFUE (puntos 237 y 272).

posición contraria al mantenimiento de los TBI intra-UE en la medida en que el fallo viene a privarlos de su objeto principal y a vaciarlos de contenido¹⁵. De igual manera, la doctrina ha querido ver en la sentencia *Achmea* un precedente a seguir a la hora de resolver sobre la compatibilidad de los mecanismos ISDS previstos por los acuerdos comerciales de nueva generación¹⁶, sin embargo, el TJUE ha concluido en el Dictamen 1/17 que el sistema de solución de diferencias previsto por el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) y los mecanismos similares previstos en otros acuerdos comerciales de nueva generación de la UE, son compatibles con el sistema jurisdiccional de la UE. Por último, son muchos los autores que en sus primeras impresiones sobre el asunto *Achmea* hacen referencia a su relación e influencia sobre el caso español de los arbitrajes en materia de energías renovables que tienen fundamento en el TCE y dejan en el aire las posibles consecuencias de este pronunciamiento sobre los mismos, ya que el TCE prevé un mecanismo ISDS de características similares al examinado por el Tribunal en la sentencia de 6 marzo de 2018¹⁷.

III. ESPAÑA ANTE LOS ARBITRAJES DE INVERSIONES EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES

En este apartado vamos a examinar brevemente la evolución de la legislación en materia de energías renovables para señalar el origen de las controversias que sitúan a España en la posición de demandada en alrededor de cuarenta arbitrajes en materia de inversiones en energías renovables, y así obtener una visión de conjunto de lo que puede calificarse como un problema dinámico y complejo, por las razones que se detallan a continuación. Si bien el Estado español legisla en materia de energías renovables incluso desde la década de los años 80, el punto de partida para el presente estudio lo vamos a situar en el Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial¹⁸. A través de este texto jurídico el legislador español diseña

¹⁵ En este sentido, CIMIOTTA, E., “The first ever interpretative preliminary ruling concerning the validity of an international Agreement between EU Member States: The *Achmea* Case”, *European Papers*, Vol. 3, nº 1, 2018, pp. 337-344, en p. 338. Disponible en: [https://doi.org/10.15166/2499-8249/202.1RURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.*, en p. 10.](https://doi.org/10.15166/2499-8249/202.1RURETAGOIENA%20AGIRREZABALAGA,%20I.,%20op.%20cit.,%20en%20p.%2010)

¹⁶ Véase GATTI, M., “Opinion 1/17 in the light of *Achmea*: Chronicle of an Opinion Foretold”, *European Papers*, Vol. 4, nº 1, 2019. ECKES, C., “Some Reflections on *Achmea*’s broader Consequences for Investment Arbitration”, *European Papers*, Vol. 4, nº 1, 2019, en pp. 3-9.

¹⁷ Por citar algunos: CIMIOTTA, E., *op. cit.* IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *op.cit.* HINDELANG, S., “The limited immediate effects of CJEU’s *Achmea* Judgement”, *Verfassungsblog* [blog], 9 de marzo de 2018. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeu-achmea-judgement/>. NIEMELÄ, P., “*Achmea* – A perspective from international (investment) law”, *European Law Blog*, 15 de marzo de 2018. Disponible en: <http://europeanlawblog.eu/2018/03/15/achmea-a-perspective-from-international-investment-law/>.

¹⁸ Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE 126, de 26 de mayo de 2007). Este Real Decreto, que venía a mejorar el régimen especial instaurado por su antecesor Real Decreto 436/2004, al que deroga, no hace sino desarrollar los principios de la policía de apoyo a la generación solar que ya se estableció por primera vez en España la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Sobre estas cuestiones véase, LÓPEZ ESCUDERO, M., “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.). *España y la práctica*

y promueve todo un sistema de incentivos a las inversiones en energías renovables que ofrece a los inversores una determinada retribución que hace que el invertir en energías renovables en España se convierta en una oportunidad de negocio y crecimiento muy atractiva. Esta normativa se encontraba en consonancia con las directrices provenientes de la Unión Europea establecidas por el Plan de Energías Renovables 2005-2020 y su objetivo directo era crear un sistema de retribución de la energía eléctrica que fomentara las inversiones en plantas fotovoltaicas y termoeléctricas de energía renovable, ya que esta se había evidenciado como la energía renovable por excelencia que presentaba mayores ventajas frente a las alternativas. Es más, su diseño tan atractivo permitió cumplir e incluso sobrepasar el objetivo establecido por la Unión Europea en la comunicación *Una política energética para Europa*, que implicaba que para el año 2020 el 20 por ciento de la energía consumida proviniera de fuentes renovables¹⁹.

La puesta en marcha de este sistema de retribución conllevó que España se posicionara como líder mundial de la energía solar fotovoltaica y generó un gran volumen de inversión extranjera que, respondiendo al efecto llamada de ese régimen tan atractivo y beneficioso, se tradujo en la llegada de numerosos operadores económicos extranjeros que buscaban adherirse al régimen especial de retribución²⁰. Se puede así decir que este régimen fue víctima de su propio éxito, pues las primas previstas, tan generosas, dieron lugar a un déficit tarifario considerable que amenazaba la propia sostenibilidad y supervivencia del régimen especial. Este déficit tarifario, unido, como se ha dicho, a la realidad de la crisis económica mundial “cambió de manera radical los presupuestos y circunstancias sobre los que se había basado este régimen especial de producción de energía eléctrica”²¹, y provocó las subsiguientes reformas legislativas de corte restrictivo, que terminaron por eliminar definitivamente y con efectos retroactivos el generoso sistema español de retribución que se puso en marcha con el Real Decreto 661/2007²².

del Derecho Internacional, Madrid: Escuela Diplomática, 2014, pp. 223-265, en pp. 224-225. Disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_web.pdf. MIR, P., “La regulación fotovoltaica y solar termoeléctrica en España”, *Cuadernos Económicos ICE*, n° 83, 2012, pp. 185-205, en p. 186.

¹⁹ Véase FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 7, n° 2, 2014, pp. 339-397, en p. 378. COMISIÓN EUROPEA, *Una política energética para Europa*, COM(2007) 1 final, en p. 14. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0001&from=ES>. Este objetivo se concretó legislativamente a través del artículo 3 de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO L 140, de 5 de junio de 2009, p. 16).

²⁰ LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.* en p. 229.

²¹ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables”, *Cuadernos de derecho Transnacional*, Vol. 9, n° 2, 2017, pp. 666-676, en p. 668. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3895>.

²² Las sucesivas reformas que se fueron implementando partieron con la creación de un Registro de preasignación de retribución, pasaron por la creación de nuevos trámites administrativos y limitaciones de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima, por la creación de un peaje de generación y la supresión de los regímenes económicos incentivadores y de preasignación de retribución para las nuevas instalaciones de régimen especial, así como por la eliminación de la retribución *feed-in premium*. Todo ello terminó por eliminar definitivamente y con efectos retroactivos el generoso sistema español que tuvo inicio en el Real Decreto 661/2007, creándose un nuevo régimen retributivo especial a través del Real Decreto

Conforme se iban adoptando estas reformas, los inversores que atraídos por ese generoso sistema retributivo decidieron invertir en este tipo de energía comenzaban a ver como se iban reduciendo sus beneficios sin expectativas de mejora, ya que cada reforma resultaba ser más restrictiva que la anterior. De esta forma, comenzaron a sucederse las demandas ante los tribunales españoles. Los criterios jurisprudenciales aplicados por el Tribunal Constitucional lo llevaron a considerar que las medidas restrictivas adoptadas por el legislador fueron razonables y acordes a las circunstancias en que se adoptaron y por lo tanto se desestimaron los recursos de inconstitucionalidad planteados; por su parte, el Tribunal Supremo ha avalado la legalidad de los actos jurídicos adoptados descartando cualquier posible responsabilidad del Estado español²³. Concretamente, el Tribunal Supremo, perfiló e instrumentalizó el concepto de riesgo regulatorio empleándolo para justificar las pérdidas sufridas por los inversores²⁴. Los inversores que cumplían la condición de extranjeros, viendo que ante estos tribunales nacionales sus pretensiones no podían prosperar, interpusieron sendas demandas de arbitraje, al amparo de lo dispuesto en el TCE, denunciando el incumplimiento de las obligaciones contraídas por España al ratificar el Tratado, a saber: la obligación del trato justo y equitativo, así como la obligación de proporcionar los medios eficaces para el ejercicio de los derechos y la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente.

En algunos de estos casos de arbitrajes ya ha recaído el correspondiente laudo arbitral. Por prescripción del artículo 26 TCE, el inversor puede optar por someter una controversia al CIADI, al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, Cámara de Estocolmo) o bien sustanciarla ante un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE 140, de 10 de junio de 2014, p. 43876). Excede del objeto de este trabajo un análisis detallado de la normativa española en esta materia, sin embargo, para un estudio en detalle acerca de la evolución de la normativa española se pueden consultar en conjunto: BLANCO MOA, J.A., “La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica”, *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 10, 2018, pp. 132-148. Disponible en: <https://www.doi.org/10.24965/real.v0i10.10519>. FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *op. cit.* HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “El Tratado sobre la Carta de la Energía y el Arbitraje Internacional de Inversiones en fuentes de energías renovables. *Caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. VS. Reino de España*”, *Revista de Administración Pública*, nº 202, 2017, pp. 223-253. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.08>. LEIVA LÓPEZ, A.D., “La protección del inversor en proyectos de energías renovables ante los cambios regulatorios en el sistema eléctrico español”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 67, julio-septiembre, 2018, pp. 9-46. LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.* en pp. 223-235.

²³ Véase, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., *op. cit.* en pp. 236-237.

²⁴ En este sentido, BLANCO MOA, J.A., *op.cit.*, en pp. 145. El riesgo regulatorio, tal como indica Leiva López tras hacer un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo “elimina el carácter imprevisible de las reformas, suaviza la aplicación del principio de confianza legítima y seguridad jurídica; de manera que los inversores deben conocer las reglas de juego desde el momento inicial y, por tanto, asumir que se trata de un sector singular que requiere de excesivos cambios normativos de su régimen económico”, LEIVA LÓPEZ, A.D., “Cambios de modelo retributivo de la generación renovable en España. La desconfianza del inversor frente al riesgo regulatorio”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 118, octubre-diciembre, 2017, pp. 125-160.

(CNUDMI). Así las cosas, se pueden identificar dos bloques de resoluciones. En un primer bloque, se sitúan los laudos recaídos en el caso *Charanne y Construction Investments c. Reino de España* (en adelante, *Charanne*), o el caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España* (en adelante, *Isolux*), favorables a los intereses del Estado español. De estos laudos, analizaré de forma más detallada el primero de ellos, *Charanne*²⁵, que es pionero desde varios puntos de vista. Por un lado, constituye el primer pronunciamiento de estas características en una controversia intra-UE que implica a un inversor de un Estado miembro contra otro Estado miembro, que se fundamenta en el TCE, ya que hasta este momento las disputas intra-UE se habían resuelto aplicando los controvertidos TBIs y, por otro lado, constituye el primer laudo en el que se somete a examen la reforma del régimen retributivo español para las energías renovables²⁶. De forma más genérica, como señala Dias Simões, se erige como el primer pronunciamiento acerca de las “modificaciones a los programas de apoyo económico en el mercado de las energías renovables” que, si bien no vincula a los demás tribunales arbitrales que conocen de asuntos similares, sí sienta un precedente que podría ser tenido en cuenta, y de hecho veremos que así sucede, a la hora de interpretar cuestiones tan relevantes como la de saber en qué punto se sitúa el equilibrio entre el poder regulatorio del Estado y la protección de las expectativas de los inversores²⁷.

Concretamente, la controversia se refiere al régimen regulatorio aplicado por España a los sistemas de generación de electricidad basados en energía solar fotovoltaica, que, por ser un sistema basado en energías renovables, se encontraba regulado mediante un sistema especial que incluía incentivos y subvenciones, particularmente, como previamente se ha indicado, estableciéndose un sistema de primas y tarifas reguladas para retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico²⁸. Los demandantes en este proceso requieren al Tribunal que someta a examen el bloque de reformas que en el año 2010 modificaron este régimen retributivo. Alegan poseer una inversión en España que se traduce en un entramado de sociedades, todas ellas propietarias de una planta de tecnología solar fotovoltaica, inicialmente beneficiarias de este sistema de incentivos, y sostienen que las modificaciones introducidas por el Gobierno de España han afectado retroactivamente al régimen jurídico y al régimen económico previsto por la normativa anterior en la que se basaron los demandantes a la hora de realizar su inversión²⁹.

El fundamento de sus demandas lo sitúan, por un lado, en la vulneración del artículo 13 TCE, por presunta expropiación de la inversión, pues entienden que la protección contra expropiación prevista en este artículo no sólo se refiere a expropiaciones en el sentido tradicional sino que abarca, de igual manera, las medidas de efecto equivalente, que en

²⁵ *Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, SCC Case No. V 062/2012. Laudo dictado el 21 de enero de 2016. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>.

²⁶ Véase, ARP, B., “Charanne B.V. v. Spain”, *American Journal of International Law*, Vol. 110, nº 2, 2016, pp. 327-333, en pp. 330-331.

²⁷ DIAS SIMÕES, F., “Charanne and Construction Investments v. Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol 26, nº 2, 2017, pp. 174-180, en p. 175. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/reel.12198>.

²⁸ Laudo *Charanne*, párrafos 78 y 79.

²⁹ Laudo *Charanne*, párrafos 143 a 147 y 268.

este caso no afectan a la titularidad del bien sino a su potencial rentabilidad; y, por otro lado, en la vulneración del artículo 10 TCE en sus apartados 1 y 12, que se refieren a la obligación de otorgar trato justo y equitativo a las inversiones y a la obligación de otorgar medios eficaces para defender sus derechos, respectivamente³⁰.

En el caso *Charanne* tras haber analizado los medios de prueba planteados y las alegaciones de las partes, tanto procesales como de fondo, entiende el Tribunal que no hay vulneración alguna de los derechos de los inversores al amparo del TCE³¹, sin embargo, consciente de la existencia de otros arbitrajes en los que se impugna la normativa de 2013, se deja delimitado de forma expresa y reiterada que el pronunciamiento sólo se refiere a esa normativa de 2010. Se pretende así evitar la extrapolación de las interpretaciones contenidas en el laudo con respecto a la normativa de 2010 a las demás controversias, que impugnan la normativa de 2013 y posteriores, y que tienen efectos mucho más restrictivos³². Concretamente, afirma el Tribunal que con sus conclusiones “no pretende prejuzgar de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal arbitral con base en el análisis de conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas de 2013”³³.

Por otro lado, en el segundo de los supuestos que componen este primer bloque, *Isolux*³⁴, aún impugnándose el paquete de medidas regulatorias de 2013, las pretensiones de las

³⁰ Laudo *Charanne*, párrafos 278 a 312. Concretamente basándose en los hechos y fundamentos señalados los demandantes presentan el siguiente *petitum*, recogido en el párrafo 392 del laudo: que el Tribunal Arbitral declare que España ha incumplido sus obligaciones internacionales bajo la Parte III del TCE, condene a España al pago de una indemnización, conceda cuanta reparación estime apropiada y condene en costas a España.

³¹ Las cuestiones procesales se analizarán en detalle en el apartado siguiente, sin embargo, por lo que se refiere a los motivos de fondo, el Tribunal considera que en el presente caso no concurre ninguna de las violaciones que alegan los demandantes, ni ha habido expropiación, pues a la luz del derecho internacional de las inversiones debe haber una privación de la propiedad o una destrucción del valor de la inversión (párrafos 460 a 467 laudo *Charanne*), ni ha habido una violación de la obligación de garantizar medios eficaces de recurso, ya que las vías judiciales y administrativas que prevé la normativa española son suficientes para cumplir con la obligación de proporcionar medios eficaces (párrafos 468 a 474), ni ha habido una vulneración de la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo, cuya determinación pasa por establecer si ha habido una vulneración de las expectativas legítimas de los demandantes y concluye el Tribunal que de la política y comportamiento del Estado español para atraer a los inversores, así como de la normativa de 2010 no podían los demandantes adquirir expectativas razonables de que dicha normativa no iba a verse reformada durante la vida útil de sus instalaciones (párrafos 476 a 511). Tampoco considera el Tribunal que la reforma efectuada a través de la normativa de 2010 vulnere el interés público o el principio de proporcionalidad.

³² Laudo *Charanne*, párrafos 395, 452 y 482. En este sentido, PASCUAL VIVES, F., “El régimen de promoción de las energías renovables español para su primer examen internacional: El caso *Charanne* y *Construction Investments c. España* (Fondo)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, nº 2, 2016, pp. 369-377 en p. 370. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.3.02>. Como complemento al anterior, para un breve análisis de las cuestiones relativas a la jurisdicción del Tribunal arbitral véase, REQUENA CASANOVA, M., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: El caso *Construction Investments c. España* (Jurisdicción)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, nº 2, 2016, pp. 359-367.

³³ Laudo *Charanne*, párrafo 542.

³⁴ *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, SCC Case No. 2013/153. Laudo de 12 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>.

demandantes son desestimadas tras el oportuno análisis de los medios probatorios al comprobarse que: no podía el inversor alegar una pérdida radical o severa o una privación sustancial de la inversión, constitutiva de una conducta expropiatoria, ya que, incluso la rentabilidad actual era superior a aquella de la que gozaban las instalaciones fotovoltaicas en el momento de realizar la inversión³⁵. Nuevamente el fundamento de la demanda giraba en torno a la supuesta violación de los artículos 10 y 13 TCE, a saber, vulneración de la obligación de otorgar trato justo y equitativo, de asegurar una protección y seguridad completa, de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de la inversión, y de no expropiar la inversión si no se cumplen una serie de condiciones³⁶.

En el segundo gran bloque de resoluciones, quedan englobados, particularmente, los laudos arbitrales que se relacionan a continuación: *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. c. Reino de España* (en adelante, *Eiser*), *Novenergía II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. Reino de España* (en adelante, *Novenergía*)³⁷, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (en adelante, *Masdar*)³⁸, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España* (en adelante, *Antin*)³⁹, o incluso el más reciente, *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L., et al. c. El Reino de España* (en adelante, *Foresight*)⁴⁰, en los que el pronunciamiento es favorable a los inversores, estableciendo para España la obligación de satisfacer indemnizaciones millonarias⁴¹.

³⁵ Laudo *Isolux*, párrafo 852. Al respecto véase, FERNÁNDEZ MASÍA, E., *op. cit.*, en p. 674.

³⁶ No entramos en mayor detalle en estas cuestiones de fondo, puesto que se trata de un laudo no condenatorio en el que las partes demandantes no han conseguido probar de forma suficiente que España haya incurrido en violación alguna de las obligaciones que le son exigibles en aplicación de TCE. Es más, como posteriormente se aprecia en el laudo *Novenergía*, en el presente caso se había realizado la inversión en el año 2012, por lo que ya deberían haberse tenido en cuenta los cambios que estaba experimentando el régimen retributivo, como parte del riesgo que asume todo inversor cuando efectúa una operación de estas características. Párrafo 852, laudo *Novenergía*.

³⁷ *Novenergía II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. Reino de España*, SCC Case No. 2015/063. Laudo de 15 de febrero de 2018. Disponible en inglés en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>.

³⁸ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/14/1. Laudo de 16 de mayo de 2018. Disponible en inglés: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>.

³⁹ *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/13/31. Laudo de 15 de junio de 2018. Disponible en inglés en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>.

⁴⁰ *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l., Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l., Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. y GWM Renewable Energy II S.P.A. c. El Reino de España*, SCC Case No. 2015/150. Laudo de 14 de noviembre de 2018. Disponible en inglés en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10142.pdf>.

⁴¹ A la vista de estas consideraciones, podemos apreciar la gran paradoja de este sistema, que la doctrina no ha querido pasar por alto. La discriminación entre los inversores nacionales españoles y los inversores extranjeros. Los inversores extranjeros disponen de otras vías que garantizan la tutela y la protección de sus derechos e intereses, que dan lugar a pronunciamientos que les son favorables, que reconocen que las modificaciones legislativas han causado un perjuicio digno de ser reparado por el Estado español, mientras que los inversores nacionales españoles, no pueden acudir a estas vías, porque a los efectos del TCE no cumplen la condición de “inversor de otra parte contratante” y ven limitada la protección de sus derechos a los recursos que se sustancian ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Estos órganos

Analizaremos con mayor detalle el primero de ellos, *Eiser*⁴², que es pionero en una larga lista de pronunciamientos en los que España resulta condenada. Esta controversia, al igual que las restantes surge de una inversión fallida en el sector de la energía solar que se ha visto afectada en términos de rentabilidad por las medidas adoptadas por el gobierno español. En este supuesto, invocándose nuevamente los artículos 10 y 13 TCE, se someten a examen las modificaciones del régimen retributivo adoptadas en 2012 y posteriores, que han tenido por efecto la eliminación definitiva del sistema de tarifas fijas y primas y su sustitución por un nuevo régimen de retribución que según los demandantes “se calcula sobre la base de activos y costes hipotéticos, sin tener en cuenta los costes o eficiencias reales de las plantas”⁴³.

Los motivos de fondo que dan lugar a un laudo condenatorio se sintetizan a continuación. Se parte de una separación expresa de este supuesto, del sometido a examen en el caso *Charanne*, ya que “las medidas cuestionadas en *Charanne* tuvieron efectos mucho menos dramáticos que las medidas materia de este caso”⁴⁴. En segundo lugar, considera el Tribunal que las demandantes debían ser conscientes de la existencia de la posibilidad de modificación de la normativa que regula su inversión, puesto que es este uno de los riesgos inherentes a cualquier inversión regulada, pero, en ningún caso, modificaciones “de manera drástica y abrupta, del régimen del que dependía su inversión, de una forma que destruyera su valor. Pero ese fue el resultado del RDL 9/2013, la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la implementación del nuevo régimen a través de la Orden v Ministerial IET/1045/2014 de implementación”, lo que violó la obligación de España de otorgar trato justo y equitativo⁴⁵. A grandes rasgos, este es el fundamento de los demás arbitrajes que

jurisdiccionales nacionales, como ya hemos apuntado, entienden que las reformas efectuadas han sido legítimas y no han causado perjuicios que se deban reparar, pues adscriben las pérdidas económicas sufridas al riesgo regulatorio que asumen los inversores cuando realizan este tipo de operaciones. Véase ampliamente, LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema...”, en CASTRO-GIL AMIGO, J., (Coord.) *Riesgo Regulatorio en las energías renovables*, Vol. II. Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 185-213.

⁴² *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. c. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/13/36. Laudo de 4 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf.

⁴³ Laudo *Eiser*, párrafos 144 a 149. Según síntesis del propio tribunal arbitral, recogida en los párrafos 347 y siguientes del laudo, y que nos describe el supuesto de hecho, los demandantes “invertieron aproximadamente EUR 126,2 millones para desarrollar tres plantas de energía solar concentrada (CSP) en España. Al hacerlo, se basaron razonablemente en incentivos y promesas del Demandado, y en particular en el régimen establecido en el RD 661/2007, que les confirió derechos económicos inmutables protegidos por el TCE. Al decidir si procedían con la inversión, las Demandantes consultaron a abogados españoles prominentes y a otros expertos y se basaron en su asesoramiento. La conducta de España en el momento de la decisión inicial de las Demandantes de invertir en el año 2007 y su decisión ulterior de reestructurar y ampliar su inversión en el año 2011, incluyendo presentaciones a inversores que aclamaban el respaldo de España a la energía solar y los compromisos asumidos por las autoridades estatales a medida que progresaba la inversión, demuestran que sus expectativas de un régimen regulatorio estable cuando realizaron su inversión eran razonables”. Los demandantes alegan, además, que “durante el período comprendido entre los años 2012-2014, España adoptó una serie de medidas que alteraron de manera drástica el régimen regulatorio, que culminaron con la eliminación del régimen del RD 661/2007 y su sustitución por un régimen completamente diferente y arbitrario”.

⁴⁴ Laudo *Eiser*, párrafo 368.

⁴⁵ Laudo *Eiser*, párrafo 387 en relación con los párrafos 413 y 418.

hemos mencionado anteriormente y cuyo contenido no detallamos en este punto a fin de no ser repetitivos, ya que siguen el mismo esquema procedimental y las pretensiones de las partes se basan en las mismas obligaciones adquiridas por España con la firma del TCE.

Estos arbitrajes podrían verse afectados por la jurisprudencia del TJUE que venimos comentando, en la medida en que también constituyen un mecanismo ISDS previsto por un tratado internacional que implica la sustanciación de un procedimiento arbitral para la resolución de la controversia, al igual que sucedía en el asunto *Achmea*. De la misma manera, en algunos de estos arbitrajes el demandante es nacional de un Estado miembro de la UE que demanda a España (Estado miembro de la UE), cumpliéndose las condiciones para ser considerados controversias intra-UE, a los efectos de la jurisprudencia *Achmea*, que se deberían resolver a través de los mecanismos previstos en el sistema jurisdiccional europeo. Así, en la doctrina ya se han señalado como escenarios potenciales los siguientes: que la jurisprudencia *Achmea* se alegue como argumento a favor de la falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales, que se emplee como fundamento para solicitar la anulación del laudo ya pronunciado, o por último que se alegue como motivo fundamental en la oposición al reconocimiento y ejecución de los laudos⁴⁶. Estas serían meras especulaciones si no fuera porque el dinamismo y el continuo avance de los procedimientos en las distintas instancias nos permiten fundamentar estas posibilidades con hechos. Analicemos por lo tanto estas posibilidades a la luz de los hechos.

1. La jurisprudencia *Achmea* como límite a la jurisdicción de los tribunales arbitrales

No es una novedad que el Derecho de la UE se alegue como límite a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, pues tradicionalmente España ha aducido, entre otras excepciones, lo que se conoce como excepción intra-UE, una cláusula por la que se entiende que el artículo 26 TCE excluye de forma implícita de su ámbito de aplicación una controversia entre un inversor de un Estado miembro de la UE y un Estado miembro de la UE.

De esta forma, se planteaba la excepción intra-UE en el caso *Charanne*, articulando esta objeción jurisdiccional a partir de tres argumentos: “todas las partes en este procedimiento forman parte de una misma Organización Regional de Integración Económica, y por tanto no existe diversidad de territorios”, “existe en el TCE una cláusula de desconexión implícita para relaciones intra-UE”, y, “el derecho de la UE no permite a los Estados miembros de la UE acordar el sometimiento de la disputa a un mecanismo de resolución de controversias distinto del que prevé la UE”⁴⁷. En aras de una mayor exhaustividad

⁴⁶ Recogen estos argumentos los autores: GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., “It is not just about investor-state Arbitration: A look at Case C-284/16, *Achmea BV*”, *European Papers*, Vol. 3, n° 1, 2018, pp. 357-373, en pp. 371-372. Disponible en: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/220>. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.*, en p. 11.

⁴⁷ Laudo *Charanne*, párrafo 426. Un comentario sobre esta excepción articulada en tres argumentos puede verse en REQUENA CASANOVA, M., “La solución de diferencias inversor Estado”, en PASCUAL VIVES, F.J. (coord.), *Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (Enero-Diciembre 2016)*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 33, junio de 2017, en pp. 12-15.

desarrollaremos algunos de los argumentos en los que se basa el Tribunal arbitral para rechazar esta tesis. En lo que se refiere a la inexistencia de diversidad de territorios, afirma el Tribunal que “este argumento desconoce 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”. En lo concerniente a la cláusula implícita de desconexión, señala el Tribunal que “los términos del TCE son claros y no justifican ninguna interpretación adicional que pueda llevar a añadir al TCE una cláusula de desconexión implícitas para disputas intra-UE”. Por último, por lo que se refiere al carácter limitador del artículo 344 TFUE, concluye el Tribunal, que no puede dársele a este precepto el alcance que pretende España, sino que debe considerarse como una herramienta que se aplica en disputas entre Estados miembros que permite lograr el objetivo de una aplicación armoniosa del Derecho de la Unión, y, trayendo a colación el asunto *Electrabel*, señala que el hecho relevante radica en que la UE también ha firmado el TCE aceptando la posibilidad de arbitrajes entre inversores y Estado miembros⁴⁸.

En el caso *Eiser*, la argumentación que ofrece la Abogacía del Estado española para la aceptación por los tribunales de la excepción intra-UE es la siguiente:

“El Reino de España considera que no existe inversor protegido con arreglo al TCE. Tanto Luxemburgo como el Reino de España eran Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (en adelante ‘UE’), al suscribirse el TCE. La UE es Parte Contratante del TCE por lo que las Demandantes no provienen de ‘otra Parte Contratante’ tal y como exige el Artículo 26 del TCE para poder acudir al arbitraje. El mecanismo arbitral de resolución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE no resulta aplicable a una controversia intra-UE como la presente. En este tipo de disputas el Derecho de la Unión Europea y sus mecanismos de resolución de controversias se aplican con carácter preferente al TCE, lo que determina la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de la disputa”⁴⁹.

Para rechazar esta excepción, el Tribunal acude al tenor literal del artículo 26 TCE y las disposiciones conexas que definen los términos contenidos en el mismo y concluye que el sentido corriente de cada una de ellas es consistente con la jurisdicción del Tribunal. Es más, señala que aun teniendo mecanismos familiares a su disposición, previstos por el derecho de los tratados y perfilados y asentados por la práctica internacional, que le permitían explicitar esta excepción y limitar o excluir la aplicación de determinadas disposiciones en el momento de redacción del TCE, la entonces CEE (hoy UE) optó por no hacerlo, por lo que “se debe entender que los redactores de tratados llevan a cabo su

⁴⁸ Laudo *Charanne*, párrafos 424 a 450. De forma muy similar se planteaba la excepción en el caso *Isolux* que no detallamos para evitar repeticiones innecesarias. Véase para el razonamiento y decisión del Tribunal los párrafos 621 a 660 del laudo *Isolux*.

⁴⁹ Laudo *Eiser*, párrafo 161. De igual manera se aduce esta excepción en otros arbitrajes, por orden cronológico: laudo *Novenergía*, párrafos 404 a 406; laudo *Masdar*, párrafos 296 a 297; laudo *Antin*, párrafos 163 a 165; y laudo *Foresight*, párrafos 154-175.

función de buena fe, y que no establecen trampas para los incautos con significados ocultos y exclusiones implícitas de amplio alcance”⁵⁰.

Sistemáticamente los tribunales arbitrales se han negado a aceptar como válida esta tesis y, tras el debido análisis, se ha podido observar que las líneas principales de este razonamiento se repiten en los sucesivos laudos arbitrales, mencionándose expresamente para rechazar la objeción jurisdiccional intra-UE los precedentes sentados en *Charanne*, *Isolux*, y *Eiser*. Así, en el caso *Novenergía*, *Masdar*, *Antin* y *Foresight*, los tribunales no encuentran razón alguna para apartarse de una jurisprudencia tan estable⁵¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto en las líneas precedentes, tampoco nos debe sorprender el primer fracaso para España ligando su defensa a la sentencia *Achmea*, que procede del laudo en el caso *Masdar*. España argumenta que el Tribunal arbitral debería interpretar el TCE en línea con el Derecho de la UE, y así debería llegar a la conclusión de que un inversor de la UE no está facultado para iniciar un procedimiento arbitral de inversiones en contra de un Estado miembro de la UE; sin embargo, el Tribunal descarta la posible aplicación de la sentencia *Achmea*, resaltando la falta de identidad entre los supuestos de hecho, lo que impide la aplicación por analogía. La argumentación ofrecida en este caso por el Tribunal, que no hace sino confirmar la ya férrea posición de los tribunales arbitrales de no aceptar el Derecho de la UE como un límite a su jurisdicción, se centra en la distinta categoría de tratados internacionales concernidos en ambos supuestos. Por un lado, el TBI Países Bajos/Eslovaquia es un tratado internacional bilateral concluido entre Estados miembros de la UE, orientado a la promoción y protección recíproca de las inversiones, si bien el TCE es un tratado multilateral, que ha sido ratificado por la propia UE, por algunos de sus Estados miembros y por Estados terceros, categoría que no es tomada en consideración en la sentencia *Achmea*. Es más, el Tribunal recurre a las conclusiones del AG para reforzar su razonamiento, señalando que este declara que el asunto *Achmea* “brinda por primera vez, al Tribunal de Justicia la oportunidad de expresarse acerca de la espinosa cuestión de los TBI celebrados entre Estados miembros”⁵². Igualmente se aduce como elemento limitador del alcance de la jurisprudencia *Achmea*, el tenor literal de la cuestión prejudicial planteada: “¿Se opone el artículo 344 TFUE a la aplicación de una norma incluida en un tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión?”⁵³. Finalmente, para sostener esta falta de identidad entre los supuestos de hecho, recurre el Tribunal arbitral a citar nuevamente lo recogido por AG Wathelet en sus conclusiones en relación con el TCE:

“Este Tratado multilateral en materia de inversiones en el ámbito de la energía opera incluso entre los Estados miembros, dado que no se celebró como un acuerdo entre, por

⁵⁰ Laudo *Eiser*, párrafos 184 a 187.

⁵¹ Véase en este sentido, los párrafos 464 del laudo *Novenergía*, 323 del laudo *Masdar*, y 241 del laudo *Antin* y 219 del laudo *Foresight*.

⁵² Conclusiones del AG, punto 1, cita ya recogida en el presente trabajo, añadiéndose por el Tribunal arbitral énfasis en la frase “cuestión de los TBI celebrados entre Estados miembros”. Laudo *Masdar*, párrafo 680.

⁵³ Sentencia *Achmea*, párrafo 23. En esta cita, el Tribunal arbitral enfatiza la expresión “tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión”. Laudo *Masdar*, párrafo 680.

una parte, la Unión y sus Estados miembros, y, por otra, los terceros países, sino como un acuerdo multilateral ordinario en el que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad. En este sentido, las disposiciones materiales para proteger la inversión contempladas en dicho Tratado, así como el mecanismo ISDS, también funcionan entre los Estados miembros. Debo señalar que, si ninguna institución de la Unión ni ningún Estado miembro ha solicitado al Tribunal de Justicia un dictamen acerca de la compatibilidad de dicho Tratado con los Tratados UE y FUE, ha sido porque no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad”.⁵⁴

Por lo tanto, este laudo puede suponer un modelo de conducta que presumimos se va a seguir en los demás tribunales arbitrales constituidos para resolver las peticiones de los inversores en energías renovables en España, no sólo porque reiteradamente se ha rechazado la alegación de la excepción intra-UE, sino además, porque ahora se ha perfilado una argumentación en torno a la sentencia *Achmea* que se puede calificar como una interpretación simplista, pero lógica, que se realiza atendiendo al tenor literal tanto de la cuestión prejudicial planteada como de las conclusiones del AG, para limitar su ámbito de aplicación a TBI entre Estados miembros⁵⁵.

La jurisprudencia *Achmea* se ha intentado alegar en otros supuestos. Por un lado, en el caso *Antin*, en el que el Estado español pedía la reapertura del procedimiento, que había concluido en febrero de 2018⁵⁶, a fin de aportar al mismo la sentencia *Achmea* y la Decisión de la Comisión Europea, emitida el 10 de noviembre de 2017, relativa al “Spanish State Aid Framework for Renewable Sources”⁵⁷. Esta Decisión se refiere al régimen español de apoyo a la electricidad a partir de fuentes renovables y es favorable a los intereses españoles en la medida en que al pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen retributivo especial con el mercado interior y concluir que se debía considerar como ayuda de Estado a los efectos del artículo 107 TFUE, la Comisión afirma que cualquier compensación económica que un tribunal arbitral concediera a un inversor sobre la base de que España había modificado dicho régimen retributivo debe considerarse una ayuda estatal, cuya concesión no se puede autorizar por dichos tribunales al no ser estos competentes. La solicitud de reapertura así fundamentada fue denegada

⁵⁴ Conclusiones del AG, punto 43, el Tribunal arbitral enfatiza “las disposiciones materiales...supuesta incompatibilidad”. Laudo *Masdar*, párrafo 681.

⁵⁵ Delgado Casteleiro ya anticipaba en su breve reflexión sobre la sentencia *Achmea* que “se debería diferenciar entre lo TBI (acuerdos concluidos por los Estados miembros) y el Tratado para la Carta de Energía (acuerdo mixto)”, siendo el hecho determinante que los diferencia el que la propia UE ha ratificado este tratado y que “los Estados miembros de la UE tendrían una obligación para con la UE de cumplir los laudos arbitrales adoptados bajo el paraguas de un acuerdo mixto ya que la UE ha garantizado la buena ejecución de dicho acuerdo” DELGADO CASTELEIRO, A., “El fin de los TBI intra-UE: Una breve reflexión sobre la sentencia *Achmea*”, *Aquiescencia* [blog], 8 de marzo de 2018. Disponible en: <https://aquiescencia.net/2018/03/08/el-fin-de-los-tbi-intra-ue-una-breve-reflexion-sobre-la-sentencia-achmea/>.

⁵⁶ Laudo *Antin*, párrafos 56-58.

⁵⁷ European Commission, *State aid SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste*, C(2017) 7384 final. Esta Decisión se recoge en una carta enviada al entonces Ministro de Asuntos Exteriores Alfonso María Dastis Quecedo, que se hace pública en el sitio web de la DG de la Competencia, únicamente con fines informativos. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf.

por el Tribunal, que finalmente emitió su laudo reconociendo una indemnización a favor de los inversores⁵⁸.

Previamente, ya se había intentado la alegación de esta Decisión y del asunto *Achmea* (que en aquel entonces se encontraba pendiente ante el TJUE) en el caso *Novenergía*, con similares fundamentos jurídicos pero sin mucho éxito, ya que el tribunal arbitral se negó a tomar en consideración esa Decisión estimándola irrelevante en la medida en que el arbitraje trae causa en el TCE y por ende no se está aplicando Derecho de la UE, requisito que la propia Comisión reconoce como necesario en su Decisión para que la misma sea vinculante⁵⁹. De igual manera, cuando este arbitraje se estaba desarrollando tan sólo se habían emitido las conclusiones del AG en el asunto *Achmea* y, de forma muy conveniente, el demandante aduce dichas conclusiones en el procedimiento arbitral como argumento a favor de la jurisdicción del tribunal arbitral⁶⁰.

En el más reciente caso *Foresight*, ante la insistencia del Estado español por limitar la jurisdicción del tribunal recurriendo al Derecho de la UE y la jurisprudencia *Achmea*, el tribunal considera más que superada esta objeción y concluye que no tiene conocimiento de ningún laudo que haya llegado a la conclusión de que las disputas “intra-UE” no entren en el ámbito del artículo 26 TCE, encontrando hasta dieciocho laudos en los que esta excepción se ha rechazado. De esta forma, no sólo considera que la sentencia *Achmea* es completamente irrelevante sino que no encuentra razón alguna para apartarse de lo que es ya jurisprudencia asentada, desde su pronunciamiento en el caso *Masdar* y su reiteración en posteriores laudos⁶¹.

El Estado español no es el único que ha empleado la jurisprudencia *Achmea* para oponerse a la jurisdicción de un tribunal arbitral, sino que también lo han hecho, entre otros, Alemania, Chipre y Hungría⁶². Así, reviste particular relevancia el caso *Vattenfall AB and*

⁵⁸ Este laudo en concreto, pese haber intentado en último momento desafiar la jurisdicción del Tribunal arbitral, se encuentra pendiente de la ejecución que los inversores ya han solicitado a la Corte del Distrito de Columbia en Estados Unidos. Case 1:18-cv-01753, In the United States District Court for the District of Columbia. Petición que se ha realizado con fecha 7 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9877.pdf>. Ante el mismo órgano jurisdiccional se ha solicitado también la confirmación del laudo *Novenergía*, el 16 de mayo de 2018 (Case 1:18-cv-01148), disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9733.pdf>, y posteriormente la ejecución forzosa del laudo *Masdar*, el 28 de septiembre de 2018, Case 1:18-cv-02254, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9983.pdf>.

⁵⁹ Laudo *Novenergía*, párrafo 465. Expresamente la Comisión en el párrafo 165 de su Decisión concluye que “esta Decisión es parte del Derecho de la Unión y como tal es vinculante para los tribunales arbitrales, que apliquen Derecho de la Unión” (traducción propia). Véase, NIEMELÄ, P., citado anteriormente.

⁶⁰ Laudo *Novenergía*, párrafo 434.

⁶¹ Laudo *Foresight*, párrafos 219 a 222.

⁶² Así los laudos *Marfin Investment Group c. Chipre*, ICSID Case No. ARB/13/27. Laudo de 26 de julio de 2018, en particular los párrafos 577 a 579. Disponible en inglés en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10149.pdf>. *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale c. Hungría*, ICSID Case No. ARB/13/35. Laudo de 9 de octubre de 2018, concretamente los párrafos 252 a 267. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>. Para un comentario acerca de la aplicación de la jurisprudencia *Achmea* en estos laudos, véase CENTENO HUERTA, S.,

others c. Alemania, en el que se ha desestimado la aplicabilidad de la jurisprudencia *Achmea* por decisión separada de 31 de agosto de 2018. Como cabía esperar a la vista de la acogida que ha tenido la jurisprudencia *Achmea* entre los tribunales arbitrales, el tribunal en caso *Vattenfall* ha considerado que esta no es relevante a efectos de los arbitrajes basados en un tratado multilateral como el TCE. No obstante, la singularidad de esta decisión radica en que el demandante argumenta que ha precluido el plazo para plantear la excepción a la jurisdicción del tribunal basada en la sentencia *Achmea*, mientras que el tribunal considera que la sentencia constituye por su simple existencia un “hecho nuevo” a los efectos de la Regla CIADI número 41 apartado 1 de carácter procesal. El tribunal afirma que no sólo tiene competencia para adoptar una decisión sobre la excepción basada en la sentencia *Achmea* planteada por Alemania “tan pronto como ha tenido conocimiento de su existencia”, sino que incluso de oficio podría haberla tenido en consideración para reexaminar su jurisdicción en aplicación del apartado 2 de la misma Regla número 41⁶³.

2. La jurisprudencia *Achmea* como límite a la eficacia del laudo arbitral

Si, como ya vimos anteriormente, la sentencia *Achmea* no puede constituir un límite a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, debemos plantear si podría devenir un “obstáculo a la eficacia de sus decisiones”⁶⁴, esto es, si es argumento suficiente para impedir la eficacia del laudo. Para ello, se deben analizar las diferentes fases, simultáneas o no⁶⁵, por las que podría pasar un laudo una vez emitido, lo que implica determinar qué papel podría representar la jurisprudencia *Achmea* en los recursos de revisión y anulación que caben contra un laudo, así como, qué efectos podría tener sobre el reconocimiento y la ejecución del mismo. Para el supuesto que nos ocupa, a saber, los laudos con fundamento en el TCE, conviene recordar que en su artículo 26, el Tratado estipula la posibilidad de someter una controversia a diferentes instituciones de arbitraje, y advertir que el régimen post-laudo difiere según si el laudo procede de una u otra institución⁶⁶. Así, es habitual que en el arbitraje de inversiones convivan las dos realidades jurídicas diferenciadas que se analizarán a continuación.

KUPLEWATZKY, N., “On *Achmea*, the Autonomy of Unión Law, Mutual Trust and What Lies Ahead”, *European Papers*, Vol. 4, nº 1, 2019.

⁶³ *Vattenfall AB and others v. Germany ICSID Case No. ARB/12/12 Decision on the Achmea Issue*, de 31 de agosto de 2018, párrafos 103 y 104. Disponible en inglés en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

⁶⁴ ROBERT-CUENDET, S., “L’arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l’affaire *Achmea*: la fin des TBI européens?” *European Papers*, Vol. 3, nº 2, 2018, pp. 1-12, en p. 9. Disponible en: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/227>.

⁶⁵ Como bien indica RUEDA GARCÍA, “la práctica de intentar ejecutar el laudo en varios Estados simultáneamente, incluso si está aún pendiente de resolución la solicitud de anulación del laudo por el órgano competente (arbitral o estatal), es un fenómeno totalmente admitido en Derecho que, sin embargo, sólo hemos visto generalizarse en tiempos recientes por causa, sin duda, de los elevados costes que conlleva.” RUEDA GARCÍA, J.A., “La ejecución de los laudos arbitrales” en PASCUAL VIVES, F.J. (coord.), *Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (Enero-Diciembre 2016)*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 33, junio de 2017, en p. 192.

⁶⁶ En este sentido, HEISKANEN, V., HALONEN, L., “Post-Award Remedies”, en GIORGETTI, C., *Litigating International Investment Disputes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 497-526, en p. 497-498.

En primer lugar, tomaremos en consideración los laudos dictados en aplicación del Convenio CIADI, por su particular régimen jurídico y por ser los que mayor relevancia tienen a los efectos de los arbitrajes en materia de energías renovables contra España, en la medida en que se eleva a una treintena el número de casos pendientes ante esta institución. El Convenio CIADI implica que los laudos emitidos por esta institución gozan de un régimen post-laudo especial. Así, por lo que se refiere a la revisión de los laudos, el apartado 1 del artículo 51 del Convenio CIADI reconoce a cualquiera de las partes la posibilidad de pedir la revisión del laudo fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo. La revisión procederá únicamente cuando se trate de un “hecho nuevo”, desconocido por el Tribunal y por la parte que insta la revisión siempre y cuando el desconocimiento de este no se deba a su propia negligencia⁶⁷. La pregunta que surge a la vista de este precepto es si la sentencia *Achmea* puede ser considerada un hecho nuevo a los efectos de esta revisión. La conclusión a la que llegamos es que sí puede ser considerada un hecho nuevo y así lo ha reconocido el tribunal en el caso *Vattenfall*. Sin embargo, no puede decirse que la jurisprudencia *Achmea* revista la suficiente entidad como para influir decisivamente en el laudo. Es ya jurisprudencia asentada entre los tribunales arbitrales que la sentencia *Achmea*, en la medida en que no se refiere a los arbitrajes inversor-Estado basados en el TCE, es irrelevante a estos supuestos, por lo que incluso siendo un hecho nuevo y alegándose en tiempo y forma como motivo de revisión del laudo, a mi juicio, no puede dar lugar a un laudo diferente. A lo sumo, una solicitud de revisión con fundamento en la jurisprudencia *Achmea* podría ir acompañada de una solicitud de suspensión de ejecución de un laudo y retrasar la misma en tanto se decida sobre si el nuevo hecho puede influir decisivamente en el laudo, sin embargo, tampoco considero que esta opción pueda ser una fructífera en la medida en que la suspensión de la ejecución no es automática, sino que queda a la discreción del tribunal una vez presentada la solicitud de revisión. Con la jurisprudencia iniciada con el laudo *Masdar* y reiterada en posteriores laudos, nada indica que una solicitud de revisión basada en la sentencia *Achmea* pueda prosperar, por lo que no habría motivo para suspender dicha ejecución.

Por lo que se refiere al recurso de anulación, conviene resaltar que los laudos CIADI gozan de un régimen específico y exclusivo, ya que son obligatorios en todos sus elementos y no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso⁶⁸. El Convenio prevé un mecanismo específico muy limitado para la solicitud de anulación de un laudo

⁶⁷ Véase SCHREUER, C.H., *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 883-885.

⁶⁸ Véase HUNTER, J.M., Y GARCÍA OLMEDO, J., “Enforcement/Execution of ICSID Awards against Reluctant States”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 12, nº 3, 2011, pp. 307-319, en p. 307. De esta forma, los artículos 53 y 55 del Convenio CIADI disponen por un lado que “el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio” Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>. A este respecto, LAMM, C.B., Y HELLBECK, E.R., “The enforcement of Awards”, en GIORGETTI, C., *Litigating International Investment Disputes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 462-496, en p. 464.

que, en todo caso, será resuelta por una Comisión *ad hoc* creada en el mismo CIADI. Además, sólo cabe el escrutinio del laudo por motivos tasados, imposibilitándose así su revisión o anulación por otra instancia que no sea esta Comisión⁶⁹. Este régimen especial implica, por lo tanto, que la anulación de los laudos CIADI sólo podrá producirse en circunstancias excepcionales, y habiéndose rechazado en primera instancia el argumento basado en la jurisprudencia *Achmea*, resulta cuando menos dudoso que sea aceptado en segunda instancia en el mismo Centro, mucho menos cuando, a mi parecer, el rechazo de esta jurisprudencia por irrelevante para los arbitrajes basados en el TCE, está debida y suficientemente motivada por los tribunales.

En el caso de laudos procedentes de otra institución, como la Cámara de Estocolmo o la CNUDMI, la posibilidad de revisión y anulación del laudo dependerá en última instancia de cuál sea la sede del arbitraje, pues esta determinará la ley aplicable al procedimiento. Deberemos acudir a esta normativa para ver si existen tales recursos, cuáles son los motivos en los que deberán basarse y en definitiva en qué medida pueden suponer una modificación del laudo. Analizar detalladamente esta cuestión escapa del objeto y la extensión del presente trabajo, sin embargo, conviene destacar que por lo que se refiere a los posibles efectos de la sentencia *Achmea* en la revisión y la anulación de los laudos procedentes de la Cámara de Estocolmo y de la CNUDMI, todo dependerá de cuál sea la sede del arbitraje siendo particularmente relevante si es o no un Estado miembro de la UE. La sentencia *Achmea* forma parte del Derecho de la UE y como tal resulta de aplicación en los Estados miembros de la UE. Cualquier tribunal integrado en el sistema jurisdiccional de la UE tendrá la obligación de aplicar el Derecho de la UE y en caso de tener alguna duda sobre la aplicación de la jurisprudencia *Achmea* a los arbitrajes basados en el TCE podrá solicitar al TJUE que se pronuncie sobre esta cuestión con carácter prejudicial. De hecho, a través de este sistema, podemos decir que España anota su primera “victoria” recurriendo a la jurisprudencia *Achmea*. Una vez dictado el laudo condenatorio en el caso *Novenergía*, la Abogacía del Estado española decidió interponer el oportuno recurso de anulación ante los tribunales suecos, órganos jurisdiccionales del lugar del arbitraje, y la Corte de Apelación de Svea ha decretado la suspensión indefinida de la ejecución del laudo a la luz de la reciente jurisprudencia europea, en tanto no se resuelva el recurso de anulación⁷⁰. Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, en el recurso de anulación planteado por España, expresamente se recomienda a la Corte de Apelaciones sueca que refiera la cuestión al TJUE, en caso de verse inclinada a considerar que el artículo 26 TCE es de aplicación a este tipo de controversias intra-UE, sin embargo, hasta el momento, la cuestión prejudicial no se ha planteado.

Por último, vamos analizar las posibilidades de ejecución de los laudos y como paso previo a esta ejecución, el reconocimiento de estos. Por un lado, los laudos CIADI son

⁶⁹ Artículo 52 Convenio CIADI, que prevé no sólo la constitución de esa Comisión *ad hoc*, sino también los supuestos tasados en los que se puede solicitar la anulación del laudo y el procedimiento a seguir para ello.

⁷⁰ Véase DAHLQUIST, J., “España impugna el laudo arbitral *Novenergía* ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia *Achmea*”, *Aquiescencia* [blog], 23 de mayo de 2018. Disponible en: <https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>.

títulos ejecutivos en sí mismos. Se trata de laudos *self-enforcing* que, según el artículo 54 del Convenio CIADI, serán reconocidos por todo Estado Contratante, y las obligaciones pecuniarias que contengan se harán ejecutar dentro de sus territorios como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Ciertamente, el reconocimiento al que se refiere el precepto es uno automático que se limitará a la confirmación de la autenticidad del laudo⁷¹, por lo que poco efecto podrá tener la sentencia *Achmea* en esta fase del proceso. Cuestión distinta es la ejecución posterior del laudo, que por compartir características con el segundo subsistema que vamos a analizar, desarrollaremos más adelante de forma conjunta.

Para el reconocimiento y ejecución de los demás laudos que pueden proceder, según el artículo 26 TCE, de la CNUDMI o de la Cámara de Estocolmo, resulta de aplicación el régimen establecido por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de Nueva York) que es de aplicación general a los laudos que se pretenden ejecutar en un lugar distinto al de la sede del arbitraje⁷². Así para el reconocimiento de estos laudos, hay una serie de motivos recogidos en el Artículo V de la Convención de Nueva York por las que se puede rechazar el reconocimiento. Se podrá denegar el reconocimiento y la posterior ejecución del laudo si se comprueba que según la ley del Estado en el que se solicita el exequatur, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje o que el reconocimiento y la ejecución del laudo son contrarios al orden público de ese país.

Es en este punto donde la sentencia *Achmea* puede desplegar mayores efectos en la medida en que de ambos regímenes se deriva que la normativa aplicable a la ejecución de los laudos es la vigente en el Estado en el que se pretenden ejecutar. Así, el resultado final nuevamente dependerá de si la ejecución, en el caso de laudos CIADI, y el reconocimiento y la ejecución, en el caso de laudos no CIADI, se solicita en un Estado miembro de la UE o en un tercer Estado. Un Estado miembro se verá compelido a aplicar el Derecho de la UE y por ende la jurisprudencia *Achmea*, con las precisiones que se hacían en líneas precedentes. Resulta particularmente relevante recordar que el Estado español cuenta con un argumento adicional en fase de ejecución, a saber, la Decisión de la Comisión Europea relativa al régimen retributivo especial previsto por España. En esta decisión se anunciaba que una indemnización reconocida por un tribunal arbitral, sobre la base de la modificación de dicho régimen, constituiría una ayuda de Estado a los efectos del artículo 107 TFUE, lo que conlleva la puesta en marcha de un procedimiento de información con facultades de control por parte de la Comisión. Se debe notificar a la Comisión la ejecución del laudo y esta ejecución será objeto de suspensión en tanto no recaiga decisión definitiva sobre su compatibilidad con los principios rectores del

⁷¹ En este sentido, SOMMER, C.G., “El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur”, *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Núm. 1, 2011.

⁷² Artículos I a VI de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales, hecha en Nueva York en 1958. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>. En el caso de los laudos CIADI no sólo la previsión de un régimen específico excluye la aplicación de esta Convención que tendría alcance general sino también la propia naturaleza particular del procedimiento arbitral que se lleva a cabo en el CIADI y la ausencia intencionada de sede del arbitraje.

mercado interior. Como parte del Derecho de la UE, esta Decisión implica que cualquier órgano nacional que pretenda ejecutar el laudo arbitral deberá tener en cuenta el sentido de la misma y abstenerse de decidir, en tanto la Comisión no se hubiera pronunciado sobre la cuestión⁷³.

Por el contrario, un tercer Estado, ajeno al sistema jurisdiccional de la UE, no se verá vinculado por la interpretación realizada por el TJUE sobre la compatibilidad de los mecanismos ISDS con el sistema jurisdiccional de la UE en la sentencia *Achmea*, ni por la Decisión de la Comisión sobre ayudas al Estado. En esta situación se encuentran ahora varios laudos condenatorios, a saber, *Eiser*, *Antin*, *Masdar* y *Novenergía* en los que se debe pronunciar la Corte del Distrito de Columbia en Estados Unidos. España ya ha reiterado en su intervención oral ante este órgano jurisdiccional, en relación al asunto *Novenergía*, sus argumentos basados en el Derecho de la Unión, la jurisprudencia *Achmea* y, particularmente, la Decisión de la Comisión. No obstante, a mi juicio, las posibilidades de que estos argumentos sean aceptados son mínimas⁷⁴, más aun contando con la intervención en el proceso de un experto en Derecho de la Unión que en su declaración no le ofrece a España argumentos para refutar el punto clave de la cuestión en el que basan los tribunales arbitrales su postura, esto es, la imposibilidad de aplicar por analogía la jurisprudencia *Achmea* debido a la distinta naturaleza de los instrumentos internacionales afectados, TBI frente a TCE⁷⁵.

A la vista de estas consideraciones, podemos concluir que la sentencia *Achmea* en sí, como un frente más que se suma a la tradicional objeción intra-UE empleada para desafiar la jurisdicción de los tribunales arbitrales, no reviste entidad suficiente para producir los resultados deseados por España y otros Estados miembros de la UE en relación con el TCE, desplegando, por el contrario, todos sus efectos sobre los TBI intra-UE. Ejemplo de ello es la Declaración *On the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment protection in the European Union*⁷⁶, firmada el 15 de enero de 2019, por veintidós Estados miembros de la UE. En esta Declaración los Estados firmantes anuncian, por un lado, que como consecuencia de la sentencia *Achmea* procederán a terminar todos los TBI intra-UE vigentes entre ellos, y por otro lado, advierten a los tribunales arbitrales de inversiones sobre los efectos que la jurisprudencia

⁷³ Un ejemplo de cómo la Comisión Europea puede impedir la ejecución de un laudo condenatorio de un Estado miembro de la UE lo encontramos en el caso *Micula, S.C. European Food S.A c. Rumanía*, ICSID Case No. ARB/05/20 comentado por BURGSTALLER, M., “Chapter 15: Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union”, en BALTAG, C., *ICSID Convention and the European Union: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, pp. 407-426.

⁷⁴ Véase al respecto, “Spain's Memorandum of Law in Support of Motion to Dismiss and to Deny Petition to Confirm Foreign Arbitral Award”, Case 1:18-cv-01148-TSC. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10065.pdf>.

⁷⁵ Cfr. “Expert Declaration of Steffen Hindelang in Support of Spain's Motion to Dismiss and to Deny Confirmation of Foreign Arbitral Award”, Case 1:18-cv-01148-TSC. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10066.pdf>.

⁷⁶ Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Un breve comentario sobre esta Declaración se puede ver en CENTENO HUERTA, S., KUPLEWATZKY, N., *Op. cit.*, en pp. 14-18.

Achmea tiene sobre todas las disputas intra-UE que se encuentran pendientes y están basadas en los TBI intra-UE y en el TCE, que consideran no deben seguir su curso. Asimismo, advierten que tanto los Estados miembros demandados como los Estados miembros de los que proceden los inversores demandantes, tomarán las medidas que estén a su alcance para que las solicitudes de arbitraje que se encuentran pendientes sean retiradas, y para que los laudos recaídos no puedan desplegar su eficacia. No obstante, esta no deja de ser una Declaración de intenciones de carácter político de la que se derivará una mayor intervención de los Estados miembros ante los tribunales arbitrales en los asuntos pendientes y, sin duda alguna, la terminación de los problemáticos TBI intra-UE, sin embargo, las consecuencias sobre el TCE no son tan claras. La propia Declaración recoge el compromiso de los Estados miembros y la Comisión de seguir debatiendo sobre esta materia, sobre la que declaran que debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a las disputas intra-UE, sin embargo, esta cuestión se encuentra en el aire en tanto no sea aclarada por el TJUE. El caso *Novenergía* sería una buena ocasión para plantear esta cuestión al tribunal, vía solicitud de pronunciamiento prejudicial, pero hasta el momento, dicha cuestión prejudicial no se ha plantado.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de estas consideraciones, podemos afirmar que la balanza se inclina a favor de la protección de los derechos e intereses de los inversores y la continuación de los arbitrajes pendientes. Las expectativas que puede albergar la Abogacía del Estado española de que en algún momento la jurisprudencia *Achmea* se pueda utilizar como fundamento para poner freno a los arbitrajes en materia de energías renovables contra España son escasas. En las líneas precedentes nos hemos ido situando en diferentes momentos procesales de estos arbitrajes y hemos podido observar que un desenlace favorable a España se torna cada vez más difícil. La jurisprudencia *Achmea* no se acepta como límite a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, lo que no es de extrañar en la medida en que el Derecho de la UE ya ha sido rechazado en ocasiones anteriores, de forma sistemática, como límite a esa jurisdicción. En esta ocasión, además, es una interpretación literal del contenido de la sentencia, difícil de refutar, la que lleva a determinar que no se trata de un supuesto de hecho idéntico (TBI intra-UE en *Achmea*, TCE, tratado multilateral en el caso de España) y que aquella no se puede aplicar por analogía.

De igual manera, en cuanto a la obstaculización de la eficacia del laudo, si bien se ha alcanzado un éxito parcial en el caso *Novenergía*, cuya ejecución se encuentra a día de hoy suspendida a la espera de resolución del recurso de anulación, todo parece apuntar que esta no es una vía que ofrezca expectativas sólidas a España. Ello es debido en gran medida, a que la mayoría de los laudos serán emitidos por el CIADI y gozarán de un régimen especial que no permite un segundo escrutinio del laudo, más allá de la revisión del laudo por el mismo tribunal que lo ha emitido, en relación a la cual hemos concluido que la sentencia *Achmea* constituye un “hecho nuevo” pero no reviste suficiente entidad para dar lugar a un laudo diferente, y de la anulación del laudo por una Comisión *ad hoc* del mismo Centro. Resultaría un tanto utópico esperar una resolución diferente en un

segundo escrutinio y más aún cuando los motivos de anulación de los laudos también están tasados. En el supuesto en que los laudos procedan de la Cámara de Estocolmo o de la CNUDMI, que serán los menos, el éxito tampoco está garantizado, pues dependerá en última instancia del lugar del arbitraje y del derecho que resulte aplicable a la revisión y anulación del laudo. En fase de reconocimiento y ejecución, hemos podido observar como la sentencia *Achmea* puede desplegar sus efectos si la ejecución de los laudos CIADI, y el reconocimiento y la ejecución de los laudos de la Cámara de Estocolmo y la CNUDMI, se promueven ante los tribunales de un Estado miembro de la UE. Este Estado se verá obligado no sólo a tener en cuenta la jurisprudencia *Achmea*, sino también la Decisión de la Comisión sobre ayudas de Estado, y en caso de tener dudas sobre la aplicación de esta jurisprudencia al TCE, deberá plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Conviene resaltar que los inversores, conscientes de esta cuestión y cautelosos o temerosos de una decisión que anule el laudo o deniegue la ejecución, ya han adoptado la vía que salva este escollo y han acudido a los Tribunales de terceros Estados, que no están vinculados por el Derecho de la UE, para solicitar la ejecución de los laudos.

En última instancia, es conveniente valorar los efectos de la suspensión voluntaria de la ejecución del laudo por el Estado deudor con fundamento en la Decisión de la Comisión, puesto que puede convertirse en un arma de doble filo. No se puede negar que a corto plazo puede suponer una ventaja económica al no tener que efectuar un desembolso millonario, o varios, pero, a largo plazo quizás generarían un mayor perjuicio. La posición de España en la esfera internacional se podría ver doblemente afectada. Por un lado, se estaría convirtiendo en un sujeto de derecho internacional que incumple las obligaciones que asume por vía convencional, debilitándose así su integridad y fiabilidad como sujeto negociador que ofrece pocas garantías de cumplimiento de las obligaciones que suscribe. Por otro lado, como receptora de inversión extranjera dejaría de constituir un destino atractivo para dichas inversiones, transmitiéndose a los inversores un mensaje de inseguridad jurídica. A los riesgos inherentes a toda inversión, que se derivan de una realidad económica en constante evolución, se añade asimismo el riesgo de modificación artificial de esa realidad por voluntad del legislador, ante el cual los inversores no se pueden proteger *a priori* y por lo visto tampoco *a posteriori*, puesto que aún con un pronunciamiento a su favor el Estado no compensaría los perjuicios ocasionados.

Por el momento, no podemos sino concluir que la esperanza que vino a representar la sentencia *Achmea* para la defensa española ha sido efímera y que sólo una aclaración por parte del TJUE acerca de la aplicación de esta jurisprudencia al TCE podría arrojar un poco de luz sobre este asunto, siendo igualmente endebles las garantías de éxito vista la predisposición de los tribunales arbitrales a confirmar su competencia frente a los argumentos basados en el Derecho de la Unión Europea.