

La Ley de lo Contencioso de 1998 y los arbitrajes internacionales contra España: la necesidad de una reforma

*Antonio Jiménez Blanco y
Carrillo de Albornoz*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Politécnica de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFERENCIA A LAS NORMAS PROCESALES POSTERIORES A 1978. III. EL PLEITO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: EXPOSICIÓN DE LOS DATOS. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POSTERIOR A 4 DE MAYO DE 2017. V. RECAPITULACIÓN

RESUMEN: El presente trabajo no tiene por objeto lo establecido en la LJCA sobre tal o cual extremo, sino algo que debiera haberse contemplado en ella y no lo está: el régimen de los arbitrajes internacionales de inversión, en base a Tratados bi- o multilaterales, cuando tienen por objeto disposiciones que también pueden ser impugnadas en vía contenciosa.

La carencia se ha puesto de relieve con especial crudeza con ocasión de los litigios sobre la reforma de 2013/2014 (de sentido restrictivo) del régimen económico de la producción de electricidad con fuentes renovables, que ha dado lugar a pronunciamientos desestimatorios en España y, en base al Tratado de la Carta de la Energía, a laudos de sentido contrario.

PALABRAS CLAVE: Arbitrajes internacionales de inversión y Justicia administrativa. Régimen económico de las energías renovables

ABSTRACT: The present work does not have as its object the provisions of the Administrative Judicial Review Act 1998 on this or that extreme, but something that should have been contemplated in it and is not: the regime of international investment arbitrations, based on bilateral or multilateral treaties, when they have as their object provisions that can also be challenged in litigation.

The deficiency has been highlighted with particular harshness in the litigation over the 2013/2014 reform (restrictive sense) of the economic regime of the produc-

tion of electricity with renewable sources, which has led to dismissal pronouncements in Spain and, based on the Energy Charter Treaty, to awards of the opposite direction.

KEY WORDS: International investment arbitration and administrative Judicial Review. Economic regime of renewable energies

I. INTRODUCCIÓN

Son muy conocidas las palabras que, al principio del *Faust*, el gran Goethe pone en boca de su protagonista para explicar su bipolaridad: *Zwei Seelen wohnen in meinem Brust*, dos almas anidan en mi pecho. Es una metáfora muy conocida para cualquier persona mínimamente versada en la cultura alemana o incluso europea.

Ese mismo símil (estar al mismo tiempo haciendo dos cosas contradictorias: mirando hacia el interior de uno mismo y hacia fuera) vale para referirse a lo que está sucediendo en esta época -el trabajo se escribe en 2018 y concretamente en los inicios de la primavera- en la que nos ha tocado vivir. Por un lado, estamos cada vez más globalizados -mucho más que en 1998, cuando se aprobó la Ley cuyo aniversario estamos conmemorando-, no sólo en lo tecnológico, sino también, y como inexorable consecuencia, en lo concerniente a las mentalidades. Pero, por otro lado, y precisamente porque sentimos que la mundialización (y la digitalización, que es la otra cara de la misma moneda) nos sobrepasa y deja víctimas por el camino, surgen de cada uno de nosotros, como reacción impulsiva, los sentimientos de pertenencia a la tribu. Los Estados Unidos de Trump y la Rusia de Putin, por caricaturescos que se antojen ambos personajes, sólo resultan inteligibles como exabruptos de sus respectivas mentalidades colectivas frente a una dinámica que les gustaría parar. Y qué decir del rebrote de los nacionalismos en nuestra Europa: Inglaterra (con la excepción de Londres) en el seno del Reino Unido y Cataluña (salvo Barcelona) dentro de España tienen sociedades cuyos rasgos son sólo las dos manifestaciones extremas de un fenómeno que, guste o no reconocerlo, se extiende por doquier. Y que, por supuesto, no deja de alcanzar al conjunto patrio, donde coexisten de manera inextricable los rasgos cosmopolitas y los castizos -la España de Picasso y la de Carmen, para personalizar las cosas- en un crisol en el que todo anda entreverado. Las fuerzas del primero de los dos polos -el global- parecen apuntarse como ganadoras -a la fuerza ahorcan: con una deuda del 100 por 100 del PIB y además en manos extranjeras, no nos queda otra-, aunque sólo después de un combate encarnizado y que promete prolongarse en el tiempo.

Y eso sin contar con los hábitos cotidianos y más extendidos: nos parece lo más natural del mundo hacer la compra del fin de semana en el *chino* del barrio o ver películas del mundo entero. O, en muchas ciudades, compartir el espacio urbano con

millones de turistas, unos 85 en el año recién concluido, 2017. Pero eso no significa, se insiste, que estemos dispuestos a renunciar a nuestra identidad del terruño. Antes al contrario, contra más presión sentimos para que todos los terrícolas nos convirtamos en iguales, tanto mejor nos reconoceremos en nuestra más profunda y singular raigambre.

Si acaso ponemos el foco, sin salir de España, en esa abstracción a la que denominamos “el legislador”, resulta perceptible el mismo *complexio oppositorum*. De un lado, contamos con muchas manifestaciones que acreditan que se muestra consciente del mundo en el que vive y con el que se roza a diario. Pensemos en el Preámbulo de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, donde, luego de hablar de lo pequeño que se ha ido haciendo el mundo, se pone la mirada en Europa para constatar la siguiente realidad:

“Además, en el ámbito europeo, se ha desarrollado un ambicioso proceso de integración supranacional en el que los Estados miembros han atribuido a la Unión Europea el ejercicio de un elenco tan amplio de competencias que la actuación nacional e internacional quedan estrechamente entrelazadas”.

El punto de arranque del proceso se hace situar precisamente en la Constitución de 1978. Así:

“Para España, la aprobación de la Constitución de 1978 supuso un cambio trascendental que ha tenido una gran incidencia en la Acción Exterior de nuestro país. Ha permitido la incorporación de España a foros de los que durante mucho tiempo estuvimos excluidos, especialmente la ya citada Unión Europea, el Consejo de Europa y la Alianza Atlántica, a la par que ha impulsado la creación de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. También ha propiciado el establecimiento de nuevas dimensiones de la Acción Exterior, como lo es la cooperación internacional al desarrollo. Y todo ello con fundamento en el firme compromiso con los valores fundamentales que inspiran las relaciones dentro de la comunidad internacional, muy en especial, los valores de la dignidad humana, la libertad, el Estado de Derecho, los derechos humanos, la solidaridad, el fomento de la paz, el respeto del Derecho Internacional y el compromiso con el multilateralismo.”

El mundo de 1978 -y no digamos la España recién salida del franquismo- era, sin duda, muy otro, pero aun así el autor del texto constitucional dio muestras reiteradas de querer abrir una ventana al mundo, de *normalizar* a nuestro país, por así decir, de que dejara de ser esa isla -*Spain is different*-, o incluso ese convento de clausura, en que, desde la contrarreforma, se había ido convirtiendo. De ahí, verbigracia, la referencia del Art. 10.2 a los Tratados internacionales de derechos humanos o, específi-

camente para Europa, la generosa cláusula (en cuanto carente de límites materiales o de exigencias democráticas para el receptor de las potestades) del famoso Art. 93.

Pero volvamos a los tiempos más recientes, cuando internacionalizar nuestra vida ya no es un deseo, sino que se había convertido en toda una realidad. Son otras muchas las manifestaciones normativas que se pueden rastrear. Pensemos en las disposiciones, por ejemplo, sobre educación. Vale la mención a la Orden ECD/65/2015, de 21 de enero, por la que se describen las relaciones entre las competencias, los contenidos y los criterios de evaluación de la educación primaria, la educación secundaria obligatoria y el bachillerato. Cuyo párrafo primero consiste en lo siguiente:

“Las orientaciones de la Unión Europea insisten en la necesidad de la adquisición de las competencias clave por parte de la ciudadanía como condición indispensable para lograr que los individuos alcancen un pleno desarrollo personal, social y profesional que se ajuste a las demandas de un mundo globalizado y haga posible el desarrollo económico, vinculado al conocimiento. Así se establece, desde el Consejo Europeo de Lisboa en el año 2000 hasta las Conclusiones del Consejo de 2009 sobre el Marco Estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación «ET 2020»”.

Y también merecen citarse, sin ningún ánimo agotador, los Preámbulos de las siguientes disposiciones:

- Ley 1/2015, de 25 de marzo, reguladora de la Biblioteca Nacional de España, con referencia al papel que “en mundo globalizado debe cumplir (...) como centro de referencia internacional de acceso a la información y al conocimiento en español”.

- Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. Del “consumo de los eventos deportivos a través de los medios de comunicación social” se predica su carácter “acelerado y creciente (...), en una dimensión que supera ampliamente los mercados nacionales para globalizarse”.

- Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Si la Directiva en la materia de 1984 tuvo que modificarse en 2006 fue, entre otras cosas, por “los cambios acaecidos en el entorno económico y financiero con mayores cuotas de globalización e internacionalización”.

- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Con mención del “decisivo papel de la innovación como soporte del comercio internacional en una economía globalizada”.

- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Se trata de atribuir valor normativo a determinadas notificaciones que ya son “frecuentes en el tráfico civil y comercial en una economía globalizada”.

- Real Decreto 227/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura. Sucede que ahí “cobra relevancia la posibilidad de constituirse con ámbito transnacional para poder competir en un mercado más globalizado”.

- Orden IET/1009/2016, de 20 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas de apoyo a agrupaciones empresariales con el objeto de mejorar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas. Y es que ocurre que “los nuevos desarrollos tecnológicos, la hiperconectividad y la globalización” forman parte de la realidad y “están planteando importes oportunidades y retos a nuestra economía”. Lo uno -oportunidades- es bueno y lo otro -retos- malo.

- Real Decreto 874/2017, de 29 de septiembre, por el que se regula al apoyo oficial en forma de subvención al tipo de interés de los créditos para la construcción de buques. Con la siguiente afirmación: “El sector ha sabido adaptarse y sobrevivir a las continuas dificultades a las que se enfrenta de forma permanente en el difícil y globalizado entorno internacional”. La globalización, así pues, como fuente (ahora) de problemas.

Pero, palabrería de lujo al margen, quizá la manifestación práctica más evidente con la que contamos en lo jurídico acerca de la realidad de la globalización –con sus ventajas e inconvenientes: las monedas tienen siempre dos caras– está en lo sucedido con la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía, que, al amparo de los Arts. 94 a 96 de la propia Constitución, España firmó a comienzos de los años noventa para proteger las incursiones de nuestras empresas en las Repúblicas recién emancipadas de la Unión Soviética (y en la independencia de cuyos órganos judiciales nadie era tan ingenuo de albergar la menor expectativa), pero que, al modo del alguacil de Francisco de Quevedo, que acabó contemplando cómo el mundo se volteaba en torno suyo y terminaba viéndose alguacilado, ha dado en colocarnos en el lado de los Estados demandados. En 2004 y 2007 habíamos aprobado, para incentivar las inversiones en plantas de producción de electricidad con fuentes renovables, unas disposiciones que incluían compromisos de estabilidad -yendo incluso más allá del *standard* internacional exigido: ya se sabe que siempre hay alumnos aventajados- y que por eso mismo tuvieron un auténtico exitazo, sobre todo en lo que hace a las tecnologías solares: los capitales del mundo entero afluyeron a España. Pero poco después, entre 2012 y 2014, nuestro voluble legislador, acuciado por una crisis económica que había puesto de relieve con dramatismo que todo eso significaba inexorablemente que la electricidad iba a ser más cara para hogares y empresas, volvió

sobre sus propios pasos y rebajó sustancialmente el régimen económico de quienes habían traído su capital aquí -el dinero tiene las maletas muy ligeras: es casi como los pájaros- y vieron por tanto frustradas sus expectativas legítimas, como se dice el Derecho internacional económico. Tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo desestimaron los recursos que se interpusieron (en este segundo caso, por muchos de los inversores domésticos), declarando tanto la constitucionalidad de las normas legales restrictivas como la legalidad de las reglamentarias que las habían secundado. Pero los foráneos -sólo ellos-, en un caso palmario de diferencia de trato en su favor, tenían abierta la puerta -la globalización jurídica, en el sentido indicado- del arbitraje internacional, con la invocación en cuanto al fondo de haber sufrido un ataque que no respondía al “trato justo y equitativo” -esas son las palabras del Tratado, por indeterminadas que se antojen- del que eran merecedores.

Los órganos llamados a su interpretación son Tribunales arbitrales de composición internacional, que, caso de considerar que un Estado ha dictado normas (del rango que fueran) que implican que no ha honrado sus compromisos, no pueden declarar su invalidez, aunque sí proclamar (en favor del concreto litigante, siempre que sea extranjero) el derecho subjetivo a una indemnización. Esto último se convierte así pues en lo principal y, claro está, no resulta extensible a terceros. Nada más lejos de un veredicto *erga omnes*, por idénticas que se antojen las situaciones. Y, por supuesto, sin que los empresarios *de casa* tengan abierta esa posibilidad.

Se dice que esa diferencia de trato en favor del extranjero resulta consustancial a la naturaleza de ese tipo de Tratados, aunque hay que añadir algo más: los países *desarrollados* -en principio, inversores- los firmaron en la convicción de que sus propios Estados de Derecho eran tan perfectos que, en caso de que un día su papel fuera otro, el de receptor de inversiones, ya garantizaban un nivel de protección que hacía innecesario cualquier añadido. De ahí que el escenario en el que hemos terminado llegando ni tan siquiera se lo hubiera planteado la Constitución de 1978, pese a dedicar un precepto (el Art. 14, probablemente el más importante de todo su texto) a la igualdad. Pero (el dato es muy locuaz) que empieza proclamando que su titular son “los españoles”, y no, como sucede en otras muchas ocasiones, “todas las personas” o “todos”. Visto con ojos de hoy, un craso error, que provoca situaciones nada fáciles de explicar. En efecto, ese *boquete* constitucional se explica, se insiste, porque, hace cuarenta años, todo era tan diferente que nadie podía imaginar lo que ha acabado sucediendo: una demostración paladina, por cierto, de que nuestro Estado de Derecho, en lo que hace a la protección de las inversiones, está de hecho por debajo del listón internacional.

II. REFERENCIA A LAS NORMAS PROCESALES POSTERIORES A 1978

Luego veremos en qué ha venido a parar todo ello. Pero antes hay que ir al segundo de los polos y recordar algo tan elemental como que no siempre el legislador español se ha mostrado tan poroso al hecho real de que, guste o no, el mundo se ha convertido en un pañuelo. Y es que sigue habiendo normas que obedecen a lo castizo o incluso a lo cañí.

El foco lo hemos de poner en nuestro derecho procesal, bien que advirtiendo que en él, como en botica, hay (también) de todo: no siempre, contra lo que va a veces se piensa, está sesgado del flanco de lo doméstico. El Art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se ocupa de las competencias penales de “la jurisdicción española”, parte de la base de que nuestros compatriotas viajan y, en consecuencia, pueden delinquir –o ser víctimas de delitos- fuera, escenario que explica lo establecido en los apartados 2 a 5. Si es un hecho que la gente entra y sale –una *realidad social del tiempo*, para decirlo con las palabras del Art. 3 del Código Civil-, las normas, también las rituarías, tienen que adaptarse, aunque a veces les cueste. Y, con carácter general, se habla de la necesidad de relaciones de cooperación entre unos y otros órganos judiciales, el famoso *diálogo entre Tribunales*, que de hecho se desarrolla muchas veces con carácter informal y mediante la técnica del envío, en las correspondientes resoluciones, de mensajes más o menos encriptados.

Pero la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), es de las que se sitúan en entredicho de ello. Se niega a reconocer dónde estamos y sigue siendo fiel a la castiza idea de Ganivet: es en el interior de España donde habita la verdad. De hecho, el autor del texto, pese a su relativa extensión, parece ser de los que siguen pensando que resulta peligroso asomarse al exterior, incluso dentro de ese exterior tan cercano y familiar como es Europa: en el Título V, *Procedimientos especiales*, no se encuentra, por más que uno rebusque, la menor referencia a la cuestión prejudicial a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando la sacrosanta norma interna suscite dudas de compatibilidad con la fuente continental, que goza de primacía. Si España es a veces contemplada como una isla, lo contencioso sería una isla dentro de la isla: una comunidad cerrada sobre sí misma hasta el grado de lo levítico, cabría incluso pensar.

Cuando lo que, con carácter firme, una Sentencia declara nulo es una disposición de carácter general, las consecuencias, sí, alcanzan más allá de quien se ha tomado la molestia de interponer el pleito. El Art. 72, partiendo de la idea de que esos veredictos se anunciarán *coram populo*, establece en su apartado 2, como es sabido, que “tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. Y no sólo eso:

cuando lo anulado no ha sido una norma, aunque sí un acto de esos que afecten “a una pluralidad indeterminada de personas”, lo que se establece es que “también se publicarán las sentencias firmes”.

Pero ese mandato de publicidad formal no debe llevar a equívocos, porque en cuanto al fondo hay poco que celebrar. Los efectos de esas Sentencias –de nulidad *erga omnes*- son muy limitados, como se encarga de precisar el precepto subsiguiente, el Art. 73. Durante el tiempo en que la norma haya estado en vigor se habrán dictado actos de aplicación, muchas veces consentidos por sus destinatarios, y sucede que las posteriores Sentencias “no afectarán por sí mismas” a las correspondientes situaciones jurídicas, con la consecuencia de que no acierte a verse el sentido de la publicación, “salvo en el caso de que –tratándose específicamente de normas punitivas- la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Pero el debate no es ese, sino otro de un aliento mucho más profundo y largo: lo internacional, que es lo que nos ocupa. España y dentro de ella también sus jueces de lo contencioso no son una excepción: forman parte del mundo. Y sucede que de eso, se reitera, no parece haberse percatado el autor de la LJCA, que sigue pensando en que Sus Señorías viven en el autismo.

Esa manera autorreferencial de ver las cosas pudo no ser tan grave en 1998, pese a que para entonces ya llevábamos más de una década integrados en Europa. Pero en este 2018 ese sesgo cañí ha alcanzado el estadio de lo abiertamente disfuncional. Así hay que denunciarlo, abogando para que el legislador, desde finales de 2015 tan ocioso –la pluralización de las sociedades ha dado lugar a unos Parlamentos no sólo fragmentados, sino también, a la hora de ponerse en marcha, tan poco ágiles como los peores de los tullidos-, se desperece y, aunque le cueste, se ponga a trabajar. Lo que está sucediendo con el régimen económico de la producción de electricidad con fuentes renovables (sol y viento, sobre todo) ha servido para poner de relieve –siempre hay una *chispa* que pone en marcha el conflicto- que eso es desde muchas perspectivas, patológico y hay que ponerle remedio cuanto antes.

En suma, que tenemos una Ley de 1998 que obedece a esquemas previos a la globalización: una Ley antigua, por así decir. Y eso no sólo no es bueno, sino que tampoco resulta realista.

III. EL PLEITO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: EXPOSICIÓN DE LOS DATOS

Explicadas las cosas en apretada síntesis, lo sucedido en la materia que nos concierne puede explicarse con la siguiente secuencia:

1) La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, distinguió, entre los productores de electricidad, los de régimen ordinario y especial, incluyendo entre estos últimos –Art. 27- a los que empleen fuentes renovables. Para los primeros, el fruto a obtener era el del mercado mayorista: puro riesgo y ventura. A los segundos, por el contrario, se les prometía –Art. 30, apartado 4- como mínimo una rentabilidad razonable (concepto jurídico indeterminado donde los haya), por referencia al coste del dinero en el mercado de capitales: lo que en el planeta de lo financiero –Londres, para poner una referencia geográfica- se conoce como el WACC. Se trataba de fomentar esas inversiones, tanto por razones medioambientales como para poner término a nuestra desdichada dependencia exterior en lo que hace a hidrocarburos líquidos.

Ese sobreprecio lo había de pagar, por supuesto, alguien. La tesitura estaba entre los contribuyentes o los consumidores de electricidad. Y se optó por los segundos.

La determinación de la concreta cifra del incentivo quedaba, en suma, al desarrollo reglamentario.

2) Luego de un par de intentos fallidos a la hora de atraer inversiones (los Reales Decretos 2818/1998, de 23 de diciembre, y 436/2004, de 12 de marzo), se terminó aprobando el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que estableció un sistema de pago de la cantidad allí determinada por unidad eléctrica producida, sin límite cuantitativo. Que debió ser muy generoso, y además contaba con una garantía explícita de estabilidad, o incluso perpetuidad –para toda la vida de las instalaciones: unos 30 años, por poner una referencia- en el Art. 44, porque en efecto los capitalistas del mundo entero, debidamente respaldados por financiación ajena, que había generado lo que se conocen como expectativas legítimas, acudieron en tropel en ese mismo año 2007 y en 2008. Con lo que, para los consumidores españoles (domésticos e industriales), la *factura de la luz* se disparó.

3) Los dioses ciegan a quienes pecan de ambición y he aquí que no hubo que esperar nada para ver que fue entonces cuando la crisis mundial se cebó con España: la demanda de electricidad se contrajo muchísimo y faltaron ingresos para honrar los compromisos que se habían contraído con los productores.

4) Después de algunos remedios parciales, en 2013 el Gobierno de turno, prevalidándose de que provenía de un partido con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, aprobó un recorte drástico en lo que se había prometido: *donde dije diego, digo Diego*, para explicarlo con palabras coloquiales. Y además con efecto retroactivo, máximo, al establecerse que lo cobrado de más con respecto al nuevo listón (y más bajo) sería objeto de descuento en lo sucesivo.

La mala nueva la trajeron en el sufrido 2013 dos normas de rango legal: el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico; y, pocos meses más tarde, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que reemplazó a la del mismo nombre de 1997: del magnánimo incentivo a la producción establecido en mayo de 2007 para treinta años se pasó, apenas un lustro más tarde, a un mero incentivo a la inversión que (sin compensación o mitigación alguna) arrojaba unas cifras mucho más modestas: un verdadero caso de frustración de las tales expectativas legítimas.

5) En nuestra querida Constitución de 1978 contamos con lo que se conoce como “garantías patrimoniales” con un nivel teórico parangonable al de cualquiera y desde luego al del “trato justo y equitativo” del Tratado Internacional: cualquier privación de bienes y derechos constituye expropiación y genera indemnización (Art. 33.3) y lo mismo sucede en el escenario de simple lesión (Art. 106.2).

Y eso sin contar la prohibición de retroactividad del Art. 9.3, no ceñida a las normas sancionadoras en sentido estricto y que al menos alcanza a los efectos ya producidos y consumados.

Pero no hace falta comulgar con la heterodoxia de un Alejandro Nieto (bendita heterodoxia) para aceptar que las palabras de las normas significan poco y que todo depende de la voluntad (o, si se prefiere, la decisión) de quien las interprete. De hecho, el Tribunal Constitucional, con la coartada del estado de necesidad, dio por buenas, a partir de la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, las normas legales de 2013, desestimando así las impugnaciones de algunas Comunidades Autónomas en cuanto recurrentes institucionales.

6) Para entonces ya se habían dictado las disposiciones de desarrollo de los *recortes* de 2013: el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y la inmediata Orden IET/1045/2014, de 20 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Contra ambas normas estaba abierta la veda para los inversores (nacionales y también extranjeros, aunque estos últimos, como se ha dicho, podrían optar por lo internacional), que, en número de varios cientos, se dirigieron al Tribunal Supremo para postular en primer lugar su nulidad, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes a su propio lucro cesante. Y empleando en muchas ocasiones como argumento que el problema no estaba en la disconformidad de disposiciones con las normas legales de 2013 sino en el previo dato de que estas últimas se encontraban en entredicho de la mismísima Constitución. Pero todo en balde: cierto que con más de-

bate que en el Tribunal Constitucional, el Supremo, a partir de junio de 2016, dictó Sentencias por las que acabó desestimando las pretensiones de invalidez de los dos reglamentos de 2014. Y, en consecuencia, y con la excepción de la energía generada en base a purines, lo cierto es que, acerca de las indemnizaciones, que era lo que de verdad importaba, la puerta quedó cerrada.

En resumidas cuentas, el pleito, en España, goza de la santidad de la cosa juzgada: el debate sobre el tijeletazo (acordado por norma legal en 2013 y replicado en vía reglamentaria un año más tarde) está zanjado y precisamente en favor del Estado y en contra de los inversores: sus expectativas (palabra que, en el lenguaje jurídico español, significa, a diferencia de lo que sucede en el glosario internacional, poco más que un quimérico cuento de la lechera) quedaron reducidas a la nada.

7) Pero la noción del Tratado de “trato justo y equitativo” iba a mostrarse, pese a lo modesto de su apariencia (de hecho, no contiene referencia a situación jurídica subjetiva alguna: ni bienes y derechos ni tan siquiera interés legítimo alguno), fructífera en grado sumo. Desde mayo de 2017 (y con un criterio diferente al que se había manifestado en dos ocasiones anteriores, bien que sobre la base de unos hechos muy peculiares) se han dictado, en relación con inversiones en plantas solares, dos laudos y ambos estimatorios, cierto que con un alcance meramente indemnizatorio en favor de las correspondientes parte actoras: Eiser (un fondo luxemburgués accionista de la empresa dueña de centrales térmicas en Extremadura y Castilla-La Mancha) el 4 de dicho mes y, ya en el presente 2018, Novenergía.

Cuando estas líneas se escriben, a finales de marzo de 2018, quedan muchos laudos por dictar, sin que pueda augurarse que todos vayan a ser favorables a los inversores. Y, en cualquier caso, para la ejecución de las resoluciones nos hemos encontrado con que habrá que liberar una batalla europea, o incluso dos, porque Bruselas (y parece que también Luxemburgo) se muestra dispuesta a salir al quite, invocando en auxilio de los Estados que estamos ante una ayuda de Estado y además, si es que el inversor proviene de otro país de la Unión, la autonomía (o, dicho con más precisión, la suficiencia y por tanto la capacidad de autointegración) del ordenamiento supranacional. La contienda se antoja todavía muy larga.

Hasta aquí, los hechos. Sin juicio de valor alguno. Pero que arrojan una conclusión que salta a la vista: los extranjeros tienen a mano una vía procesal que les permite acceder a una indemnización y los nacionales sólo pueden aspirar a una justicia doméstica cuyos criterios (pese a tener unos parámetros de fondo tan elevados o más) les cierran el paso a todo: los recortes de 2013 y 2014 caen sobre sus espaldas (y las de sus financiadores, en su caso) en peso.

La situación planteada a partir del laudo Eiser de 4 de mayo de 2017 era esa. Intuitivamente, una verdadera injusticia, al constituir una diferencia de texto en fa-

vor del extranjero (siempre, por supuesto, que su país estuviese entre los firmantes del Tratado de la Carta de la Energía) frente al nacional, para quien esas mieles arbitrales estaban vedadas. Diríase algo carente de la menor justificación material, por mucho apoyo que tuviera en tal o cual precepto: una auténtica discriminación.

Para complicar más las cosas, sucedió que en la citada fecha crítica de 4 de julio de 2017, la del laudo Eiser, el Supremo aún no había resuelto –con la implacable plantilla de desestimación que venía aplicando desde casi un año antes- todos los pleitos contra los reglamentos de 2014. Y los demandantes de los litigios pendientes, que hasta entonces no habían invocado la Carta de la Energía entre sus alegatos impugnatorios, pusieron sobre la mesa de Sus Señorías el tal hecho sobrevenido para pedirles que cambiaran de opinión y pasaran a ampararles.

Desde el punto de vista de fondo, la situación era la que ya sabemos: ese tipo de discriminaciones a la inversa –a los extranjeros se les concede una indemnización con la que los españoles no pueden ni tan siquiera soñar- resultan patológicas desde el punto de vista del sentido común, pero falta en nuestro sistema legal un precepto específico –quizá la jurisprudencia, tan activa o otras veces, podía haber cubierto el hueco en base a principios generales, pero tampoco lo ha hecho- que las condene (y proclame además que la forma de restablecer la igualdad es precisamente por arriba, no por abajo). Pero ese debate de fondo, que no puede ser más interesante, debe quedar para mejor ocasión.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POSTERIOR A 4 DE MAYO DE 2017

Por un momento imaginemos que ese problema de fondo estuviese (normativa o jurisprudencialmente) zanjado y además en sentido favorable. Las normas procesales tendrían que adaptarse y (con precisa definición de los requisitos, porque laudos pueden haber muchos y no siempre idénticos) por ejemplo prever de manera expresa, para quienes hubiesen sufrido una previa Sentencia desestimatoria firme, algo parecido a un recurso de revisión, en el sentido de que la reapertura de la causa no dependiera en exclusiva de una novedad de orden penal como las que contempla en la actual LJCA el Art. 102. Y, para las Sentencias que quedaran por dictar, dejando claro que su sentido tendría que ser el mismo.

Pero lo cierto es que el autor de la LJCA de 1998, tan sensible hacia la unificación de doctrina (de hecho, hasta hace poco ha habido un recurso de casación con ese específico nombre), no había contemplado el escenario: ni en la versión inicial ni tampoco en las reformas posteriores (de 2003, 2011 y 2015, que no han cejado en mantener la visión castiza e hispanocéntrica de la tarea de hacer justicia frente a los poderes públicos de nuestro país). Las peticiones posteriores a 4 de mayo de 2017

tenían que ser resueltas por el Supremo en base a su propio criterio. Y, en su caso, y si quisiera verse respaldado por el Tribunal Constitucional, planteándole una cuestión de las del Art. 163 del texto máximo para que puntualizase aquello que se pudiera considerar pendiente.

Empecemos por el final: el resultado no ha sido favorable para esos impugnantes. Las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo -por primera vez el 21 de junio del mismo 2017 y luego en otras ocasiones- han sido las siguientes:

1) “(...) no consideramos aplicable para la resolución de este proceso (...) el (...) laudo (Eiser)”.

¿Por qué concreta razón? No se dice. Con toda probabilidad, la de orden subjetivo: el arbitraje internacional de inversiones está vedado para los nacionales. Dicho de forma más precisa: la Carta de la Energía -con su famosa regla de fondo sobre el *trato justo y equitativo*- es, sin duda, un Tratado que forma parte del ordenamiento español, pero, dado su radio de aplicación, los nacionales quedan al margen. En una suerte de *apartheid* interior.

2) Lo que viene en segundo lugar es una frase de consuelo, aunque formalmente expresada también en términos negativos. Se refiere al hecho -una objeción procesal, sin duda planteada por la Abogacía del Estado- de que, con anterioridad, “no se haya alegado en este proceso la infracción de la Carta de la Energía”. Y Sus Señorías responden que ello “no constituye obstáculo para pronunciarse sobre la eficacia del mencionado laudo arbitral”. Qué bien.

3) A continuación se entra en el debate sobre las pretensiones, recordando que se está ante un recurso directo contra normas reglamentarias y que ahí lo primero que se pide (y de lo que todo depende) no es sino su declaración de invalidez, de la que el resarcimiento de daños y perjuicios sería una consecuencia. Algo que, formalmente hablando, se escapa a un Tribunal arbitral, que, si constata que un Estado ha ido en contra de la Carta de la Energía, sólo puede proclamar el derecho a una compensación. El Supremo se muestra especialmente incómodo al llegar a ese punto y se expresa con frases incompletas o incluso equívocas. Luego de recordar, a modo de coartada, la existencia de pronunciamientos internacionales anteriores y con sentido de desestimación (“dicho laudo resulta contradictorio con lo resuelto por otros laudos arbitrales”), contiene las siguientes dos declaraciones:

- “(Eiser) carece de relevancia para fundamentar la pretensión de invalidez de las disposiciones impugnadas del Real Decreto 413/2014 y de la Orden 1045/2014”. Sin explicar nada en cuanto al fondo: ¿por qué el *trato justo y equitativo* significa más que las garantías patrimoniales, teóricamente perfectas, de los Arts. 33.3 y 106.2 de la Constitución?

- Además, “dotarla de eficacia jurídica erga omnes implicaría que esta Sala jurisdiccional se apartaría en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de su deber de sometimiento únicamente a la ley”.

La referencia a “la ley” resulta deliberadamente imprecisa, porque, como es notorio, al menos caben dos acepciones, la formal (esto es, una fuente normativa interna y además de un específico rango) y la material (todo el ordenamiento jurídico, incluso sus componentes no propiamente normativos). Y resulta evidente que la Carta de la Energía forma parte del sistema, aun cuando, se insiste, sus disposiciones protectoras tengan un radio que no alcance a los nacionales. Algo que el Supremo no quiere terminar de proclamar porque, se insiste, parece resultarle enojoso.

4) Para terminar de esquivar el problema de fondo -el principio de igualdad-, se emplean criterios solamente formales. Empieza pretrechándose -es lo que en terminología taurina se llamaría un burladero- en un argumento de autoridad, manifestando, como motivo primero para no dotar de eficacia *erga omnes* la doctrina del laudo Eiser, lo siguiente:

“(…) comportaría además que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplicáramos las Sentencias del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016 y 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, que confirman la constitucionalidad del régimen retributivo de la actividad de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio que da cobertura al desarrollo regulatorio cuestionado”.

Sólo en el momento final, así pues, se ven Sus Señorías abocadas a enfrentarse al principio de igualdad. Pero, habida cuenta del resultado al que querían llegar, lo hacen echando mano de otro *tertium comparationis*: el de los recurrentes que ya han recibido unas Sentencias desestimatorias que son firmes y no pueden ser objeto de recurso de revisión ni de ninguna otra iniciativa análoga. En ello se termina escuchando la Sentencia para negar los efectos del laudo Eiser: supondría “que ignorásemos nuestra propia doctrina jurisprudencial, violando el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho”.

No se trataba para el Supremo de hacer justicia, sino sólo de salir del paso con el menor menoscabo a la dignidad.

V. RECAPITULACIÓN

Llega la hora de concluir.

El lector, si es que ha tenido la paciencia de llegar hasta aquí, habrá obtenido sus propias conclusiones, porque estamos ante temas muy abiertos. Pero, si el autor ha conseguido convencerle, se llevará la idea de que, con esto de los arbitrajes internacionales en materia de energía, tenemos, primero, un problema muy serio en lo que hace al principio de igualdad, porque el mejor trato -de fondo y procesal- al extranjero, aunque -por lo insólito del mero planteamiento- no se encuentra contemplado expresamente para prohibirlo, de hecho repugna, se quiera o no, a la conciencia jurídica, aunque ahora no sea la ocasión para su estudio. Pero el regusto amargo no se queda ahí y alcanza a lo procedimental: contamos con una LJCA a la que le faltan los mimbres indispensables para vivir en el mundo de la globalización; como los trenes antes de adaptar el ancho de vía. Adicionalmente está el problema de la mentalidad de Sus Señorías y su progubernamentalismo crónico: de las dos almas del *Faust* sólo tienen una (otra isla, y además amurallada a cal y canto, por si acaso faltaba algo), pero esa ya es otra historia.

