

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos**

LOS POSIBLES EFECTOS DE UN LAUDO ARBITRAL SOBRE UNA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA: UNA CUESTIÓN ABIERTA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 2797/2017, SALA TERCERA, SECCIÓN TERCERA, DE 21 DE JUNIO DE 2017

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO¹

Universidad Autónoma de Madrid. Universidad de Bolonia

hector.iglesias@predoc.uam.es

Cómo citar/Citation

Iglesias Sevillano, H. (2018).

Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala Tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017. *Revista de Administración Pública*, 205, 173-193. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.05>

Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala Tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017 ha planteado un importante problema jurídico, no solo de mucha relevancia en el presente, sino de gran proyección hacia el futuro. La impugnación de la reforma operada en el sector eléctrico por el Gobierno español en el periodo 2013-2014, reiteradamente confirmada por el Tribunal Supremo en numerosísimas sentencias, se ha encontrado ahora con un nuevo interrogante: la posible eficacia de un Laudo arbitral del CIADI (de 4 de mayo de 2017) condenatorio para el Estado español, y que mantiene una tesis abiertamente contraria a la defendida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el presente trabajo proponemos algunas reflexiones sobre las posibilidades existentes para dar alguna clase de aplicación al citado laudo.

¹ Doctorando de la Universidad Autónoma de Madrid (área de Derecho administrativo) y de la Universidad de Bolonia (SPISA). Colegial del Real Colegio de España.

Palabras clave

Reforma energética; retroactividad; normas reglamentarias; laudos arbitrales; derecho global.

Abstract

The judgement of the Spanish Supreme Court n. 2797/2017, 21st of June 2017 presents an important legal question not only for the current state of the Law, but also for the future development of the Legal System. The judicial review of the reform introduced by the Spanish Government in the energy sector en the period 2013-2014, which has been confirmed many times by the Spanish Supreme Court in a large number of judgements, has found now a new open question: the admissibility of the efficacy of an arbitral Award of ICSID (4th of May 2017) decided against Spain, and that keeps a position openly opposite to that sustained by the Spanish Supreme Court. In the present work we propose a few reflections on the existing possibilities in order to give some kind of efficacy to the referred Award.

Keywords

Energy reform; retroactivity; delegated legislation; arbitral awards; Global Law.

SUMARIO

I. EL CONTEXTO, YA BIEN CONOCIDO. II. EL LAUDO DEL CIADI. III. LA CLAVE AD EXTRA: ¿LA POSIBLE APLICABILIDAD DEL LAUDO? IV. CONCLUSIÓN.

I. EL CONTEXTO, YA BIEN CONOCIDO

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que es objeto del presente comentario, del día 21 de junio de 2017², resuelve un recurso frente al 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, la cual había sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de junio de 2014, y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 20 de junio de 2014. Antes de comenzar el análisis de la Sentencia, queremos advertir que la complejidad de estas normas y la enorme litigiosidad a que han dado lugar justifican un necesario agradecimiento previo a los distintos órganos judiciales que han participado en su examen, con una u otra opinión jurídica, con la que no necesariamente estaremos de acuerdo, pero en todo caso han llevado a cabo un esfuerzo ímprobo que merece reconocimiento.

Estas polémicas y famosísimas normas, que materializó en medidas concretas la llamada reforma del sector eléctrico de 2013 (en teoría, necesaria para corregir el déficit tarifario), son a su vez desarrollo de la norma con rango

² Ponente, J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat. Existen ya varias más en el mismo sentido, es decir, que incluyen una valoración (negativa siempre) del laudo del CIADI. Estas son, por citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 2854/2017 y 2857/2017, de 7 de julio; 2856/2017 y 2858/2014, de 14 de julio; 3188/2017, de 24 de julio, y 3206/2017 de 5 de septiembre de 2017 (al igual que su sentencia hermana, que no cita el laudo en cuestión, 3208/2017 siendo en ambas ponente J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat).

de ley que operó la reforma, 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, a su vez convalidado por la Resolución de 17 de julio de 2013, del Congreso de los Diputados. La citada norma tenía por objeto, como es bien sabido, la modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, junto con algunas otras prescripciones de carácter transitorio, y desemboca a su vez en la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Pues bien, la polémica generada por estas normas, que mencionábamos más arriba, es ya sobradamente conocida, y se extiende en una serie de vertientes muy diversas, tanto en el ámbito jurídico como en el económico, político e incluso periodístico. En el presente estudio vamos a centrarnos, sin embargo, en la vertiente jurídica (como no podría ser de otra manera en un trabajo científico), pero además no abordaremos toda la problemática jurídica, que es riquísima, sino una cuestión muy concreta derivada de una decisión particular, la de la sentencia comentada: la relación entre el enjuiciamiento de fondo sobre la validez de los reglamentos y los laudos arbitrales. Vamos a recordar brevemente algunos de los hitos judiciales (y arbitrales) de esta ya famosa reforma, para luego enfocar el análisis en el punto que nos resulta de interés.

La reforma operada en el régimen tarifario de las energías renovables en la producción de energía eléctrica por el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, ha supuesto una de las grandes polémicas en materia de industria de los últimos años, sin duda consecuencia del déficit tarifario y de la situación económica a la que se enfrentaba el Estado español en aquel momento, pero en todo caso perjudicando los intereses económicos de los operadores, que habían invertido sumas importantísimas en el sector de las energías renovables, hasta aquella norma primada en un régimen muy favorable. Este Real Decreto Ley 9/2013 sustituye ese régimen de primas y según una rentabilidad razonable calculada sobre los costes de inversión reales por unos valores estándar de la inversión y de costes estándar de explotación, un régimen mucho menos favorable para el productor, y además limita las primas a «una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo». Y lo que es más, el cálculo de la retribución específica «para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada: a) Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción. b) Los costes estándar de explotación. c) El valor estándar de la inversión inicial».

Ciertamente, la interpretación de lo que signifique la expresión *a lo largo de su vida útil regulatoria* ha marcado el debate jurídico interno, de manera que tanto en el desarrollo del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 como en la jurisprudencia de tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en la opinión mayoritaria expuesta por los ponentes de las respectivas sentencias, entienden que esta puede referirse al conjunto de la vida útil de las instalaciones, incluida la anterior a la vigencia del propio Real Decreto Ley 9/2013, sin incurrir en una retroactividad prohibida. Efectivamente, cuando el citado Real Decreto Ley 9/2013 fue sometido a recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, admitió la constitucionalidad de la norma. Uno de los fundamentos jurídicos, el 7º, aborda el problema de la retroactividad, admitiendo que existe una cierta retroactividad permitida, en la que el Real Decreto Ley 9/2013 se sitúa³.

El debate, en sede del Tribunal Supremo, se traslada al desarrollo reglamentario. La Sentencia clave aquí es la Sentencia de la Sala Tercera 3560/2016, de 13 de julio⁴, que ha fijado las posiciones tanto de la mayoría del Tribunal Supremo como de los votos particulares, en lo sucesivo reiterados tanto como la propia jurisprudencia mayoritaria, y a partir de la cual el Tribunal Supremo ha resuelto en reiteradas ocasiones, fallando en contra de la nulidad de ambos reglamentos⁵. La mayoría de la Sala, en esta reiteradísima jurisprudencia, ha

³ «El Real Decreto Ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2013, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas». Este criterio es reiterado por el Tribunal Constitucional en sucesivas sentencias en las que resuelve sendos recursos frente al mismo Real Decreto Ley 9/2013, SSTC 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.

⁴ Ponente J. M. Riego Valledor.

⁵ Efectivamente, por citar las más recientes a la fecha en la que escribimos el presente comentario (26 de septiembre de 2017), hay ya publicadas muchas sentencias que no solo siguen la doctrina de esta primera sentencia, sino que reproducen casi invariablemente los mismos argumentos, el mismo fallo y los mismos votos particulares. Así sucede en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 3264/2017, de 13 de septiembre y 3269/2017, de 14 de septiembre (ponente J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat),

considerado que, por mucho que en las normas reglamentarias se tomen en cuenta para el cálculo de la rentabilidad razonable retribuciones anteriores a la vigencia del propio Real Decreto Ley 9/2013, los efectos de este solo se proyectan desde el comienzo de su vigencia⁶. Los votos particulares muy reiterados, sin embargo, vienen reclamando la nulidad tanto del Real Decreto 413/2014 como de la Orden IET/1045/2014, precisamente porque impondrían, según esta tesis, una interpretación extensiva de la Ley que sí que incurriría en retroactividad prohibida⁷. Sobre esta insistente jurisprudencia sobre la validez de estas normas reglamentarias en el derecho interno y la admisibilidad o no de la retroactividad que imponen, cuyo contenido material se reproduce básicamente en la sentencia que es objeto de análisis en el presente trabajo, se ha pronunciado ya cierta doctrina⁸.

3254/2017, 3267/2017, 3268/2017 (ponente A. R. Arozamena Laso), 3266/2017 (ponente J. M. Riego Valledor) y 3265/2017 (ponente E. Espín Templado), todas ellas de 14 de septiembre. En la mayoría de ellas, además, se repite la misma estructura de votos particulares, firmados tanto por el magistrado Espín Templado por una parte, como por los magistrados Perelló Doménech y Calvo Rojas por otra.

⁶ Así lo dice la pionera Sentencia 3560/2016, de 13 de julio, FJ 6: «Es cierto que para el cálculo de la rentabilidad razonable se toman en consideración las retribuciones ya percibidas en el pasado proyectando el nuevo modelo retributivo desde el comienzo del funcionamiento de las instalaciones, pero esta previsión tan solo implica que la rentabilidad razonable que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones se calcula sobre toda «su vida útil regulatoria» sin tener que devolver las cantidades ya percibidas en el pasado, como expondremos más adelante».

⁷ Lo expresa muy claramente Espín Templado en sus votos particulares (como ejemplo citaremos la propia Sentencia 3560/2016, de 13 de julio, voto particular de Espín, FJ 5º): «Aunque ciertamente dicho tenor literal puede ser entendido tal como ha hecho el Gobierno, ello no es necesariamente así. En efecto, nada hay que impida interpretar tales parámetros tan solo en relación con la vida regulatoria posterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley. Esto es, la expresión «a lo largo de su vida útil regulatoria» muy bien puede entenderse referida a la vida regulatoria restante en el momento en que habría de comenzar a aplicarse el nuevo sistema retributivo. Y respecto a la inversión inicial contemplada en la letra c), no se comprende bien qué impide entenderla referida a la inversión no amortizada en el momento en que debería comenzar a aplicarse el nuevo modelo».

⁸ Por ejemplo, M. Mora Ruiz (2016), «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Eduardo Espín Templado)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 60 (septiembre), págs. 98-101, sobre una sentencia que a pesar de resolver de nuevo una impugnación del Real Decreto 413/201 y la Orden IET/1045/2014, se centra en un caso concreto, por cuanto la demandante ostenta un negocio con una instalación y actividad de naturaleza par-

Pero el problema se complica en otro ámbito⁹. Las pretensiones de nulidad de las normas reglamentarias (como la propia de la inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 9/2013) son ostentadas por sujetos (generalmente personas jurídicas) de nacionalidad española. Los inversores extranjeros, sin embargo, no necesariamente deben acudir a esta vía de impugnación. El arbitraje internacional de inversiones, la tantas veces proclamada gran garantía de seguridad jurídica para atraer el capital internacional, permite a los inversores acudir a organizaciones arbitrales internacionales para resolver sus controversias con los Estados receptores de la inversión. La cobertura para acudir a estas organizaciones en esta materia respecto de sus inversiones en España se encuentra en la Carta de la Energía¹⁰, un tratado internacional del que España es miembro firmante y cuyo artículo 26.4 contempla como métodos de resolución de las controversias entre un inversor y una parte contratante el arbitraje, y dentro de este, una vez elegido, la posibilidad de residenciarlo bien ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), bien ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o bien directamente ante un árbitro *ad hoc*, según las reglas UNCITRAL del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Todo ello a salvo, por supuesto, de que un acuerdo entre las partes admita un mecanismo distinto, o de que el propio inversor elija los tribunales nacionales del Estado miembro para litigar.

Pues bien, como es igualmente bien conocido, se han producido varios procedimientos de esta naturaleza, pues varios inversores han acudido al arbitraje internacional para reclamar la responsabilidad del Estado español por sus propias pérdidas derivadas de los cambios legislativos. Algunos de ellos,

titular, el tratamiento de residuos de purines, que en el Real Decreto 413/2014 son tratadas como empresas de cogeneración ordinarias, atribuyéndoles los parámetros retributivos correspondientes, en contra del criterio de la demandante; con carácter general se ha pronunciado A. Aráujo Barceló (2016), «Los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el nuevo régimen aplicable a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables: ¿dónde quedan los límites al riesgo regulatorio?», *Actualidad administrativa*, 10, y también S. Arana y L. González García (2016), «Recientes pronunciamientos jurisprudenciales en materia de energías renovables, cogeneración y residuos con motivo de recursos interpuestos frente al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014», *Cuadernos de Energía*, 49, págs. 87-92.

⁹ Además de todo esto, hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Supremo sí que ha declarado nulo un apartado del Real Decreto 413/2014, el art. 49.1.m en virtud de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 16 de mayo de 2017.

¹⁰ Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía con todos los Anexos correspondientes, abierta para su firma en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

residenciados ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, han finalizado con laudos favorables al Estado español, al igual que las propias sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Es el caso, principalmente, del Laudo de 21 de enero 2016 (*Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. c. España*), dictado por esta Cámara con base precisamente en el Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994 en el arbitraje 062/2012. Este procedimiento, que ha sido seguido de al menos otro laudo emitido por la propia Cámara de Comercio de Estocolmo, y que sigue siendo favorable al Estado español, evalúa, sin embargo, la reforma operada por los Reales Decretos 1614/2010, de 7 de diciembre y 1565/2010, de 19 de noviembre. Por lo tanto, y sabiendo que, como reiteradamente recuerda la jurisprudencia citada, y especialmente los votos particulares, aquella reforma fue menos incisiva que la operada por el Real Decreto Ley 9/2013, por cuanto aquella mantuvo el sistema de primas, aunque redujera su cuantía en el cómputo final, no podemos esperar que las resoluciones sean necesariamente las mismas en los procedimientos iniciados contra esta última reforma.

Efectivamente, a este respecto los peores pronósticos se cumplieron. Residenciado el conflicto por algunos inversores ante el CIADI, esta Corte arbitral ha dictado ya su primer laudo en contra del Estado español, y son muchos los arbitrajes que quedan pendientes. Se trata del Laudo de 4 de mayo de 2017, dictado en el caso CIADI No. ARB/13/36¹¹. Sobre los extremos concretos de este laudo, nos pronunciaremos inmediatamente. De momento, baste proclamar ya el criterio que nos ha llevado a distinguir la Sentencia del Tribunal Supremo 3206/2017, de 5 de septiembre de 2017, de todas sus sentencias hermanas: en esta la parte demandante tuvo conocimiento de este laudo durante el desarrollo del proceso, y alegó en su favor tanto su existencia como su contenido material mediante un escrito posterior. La Sala Tercera del Tribunal Supremo rechaza la aplicación o el análisis de contenido del laudo en una referencia más bien escueta. Pero, sin embargo, da el paso de reconocer su existencia, aunque sea a fuerza de su alegación —procesalmente forzada— por parte del demandante. En realidad, este es el problema novedoso que justifica el análisis de la sentencia objeto del presente trabajo; en el resto de sus términos, y fundamentalmente en la aplicación del derecho interno, esta sentencia es sustancialmente igual a todas las que la preceden desde la Sentencia del Tribunal Supremo 3560/2016, de 13 de julio.

¹¹ Caso CIADI No. ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017, *Eiser Infrastructure Limited y Energía solar Luxembourg S.A. R.I. c. Reino de España*. El laudo puede consultarse en una página habilitada por J. Rodríguez Arroyo en la siguiente dirección: https://issuu.com/jorgea.rodriguezarroyo/docs/laudo_eiser. Agradecemos a este autor la puesta a disposición del laudo.

Pues bien, en este escuetísimo punto, como nos ha gustado llamarlo, es en el que queremos centrarnos, precisamente porque consideramos que, aunque en el presente se le dedica (y el propio Tribunal Supremo le dedica) bastante poca atención, en el futuro cobrará un papel protagonista. Nuestra propuesta consistirá en comenzar con un análisis del laudo, especialmente para comprender cómo llegan los árbitros a su ya célebre conclusión sobre el fondo, pero también para comprobar cuán distinta es su perspectiva respecto de la sostenida por el Tribunal Supremo, para terminar después con un análisis de las posibles propuestas a futuro para la integración de los contenidos de este tipo de decisiones en las resoluciones judiciales de derecho interno, más allá de la prevalencia de un formalismo heredado en la comprensión del sistema de fuentes.

II. EL LAUDO DEL CIADI

Pues bien, resulta que, en medio de toda esta jurisprudencia, el día 4 de mayo de 2017 se marca un hito en el análisis de la responsabilidad del Estado español derivada de la reforma del Real Decreto 413/2014. Efectivamente, en esta fecha se comunica a las partes el primer laudo del CIADI recaído en virtud de una demanda de inversores internacionales frente al Estado español en concepto de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la reforma. Vamos a examinar esta decisión, para comprobar después en qué términos podría ser recogida por la jurisprudencia interna. Veamos.

Son de alabar, en primer lugar, los claros términos en que está redactado el Laudo, que nos responde por sí solo a muchas preguntas: el derecho aplicable al fondo de la cuestión, la relación con el laudo de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la cuantía de los daños serán sus puntos principales. El propio laudo nos da, por tanto, casi todas las claves que necesitamos. Abordaremos directamente las cuestiones de fondo obviando las procesales, ya descartadas al afirmar el propio órgano arbitral su propia jurisdicción.

Pues bien, los argumentos sobre el fondo de la cuestión vamos a encontrarlos en el laudo en los par. 352 y siguientes. En primer lugar, nos interesa la normativa aplicable. Conviene recordar, aunque parezca obvio, que los términos de la discusión no pueden centrarse en la validez de las normas reglamentarias, que en ningún momento es puesta en cuestión por el tribunal arbitral (pues lógicamente tal cosa excede de todo punto su competencia). Sin embargo, tampoco podemos ignorar que el juicio de fondo, en todo caso, se basa en los mismos hechos: la impugnación de la norma por la situación de inseguridad jurídica a la que expone a las partes, aunque en este caso cursada exclusivamente a través de una demanda de responsabilidad.

La parte demandante nos sitúa ya muy certeramente ante el problema de la normativa aplicable: en el caso de los inversores internacionales, la norma de aplicación, más allá del derecho interno, debe ser el Tratado sobre la Carta de la Energía. En concreto, la parte demandante estima que la reforma infringiría el art. 10.1 de la Carta, sobre promoción, protección y trato de las inversiones, en distintos aspectos, y al mismo tiempo el art. 13.2, sobre expropiaciones. Observemos detenidamente estas normas. La primera de ellas, el art. 10, es un precepto extenso y que exige respeto a las inversiones extranjeras en varias vertientes:

De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes [...] un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional [etc.].

A su vez, el art. 13 establece en su punto primero que: «Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como «expropiación»), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: a) por un motivo de interés público; b) de manera no discriminatoria; c) con arreglo al debido procedimiento legal; y d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva», aunque el precepto invocado es más bien el segundo, que exige el cumplimiento de estas exigencias: «Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, revise con prontitud su caso, el pago de la indemnización y la valoración de su inversión».

Pues bien, el tribunal arbitral admite estos fundamentos jurídicos. Para ser exactos, escoge como fundamento jurídico del juicio de fondo el art. 10.1 que hemos transcrito, considerando que en él puede encontrarse anclaje para todas las pretensiones, si bien es cierto que más adelante recurrirá de nuevo al art. 13 para proclamar la existencia de daños y calcular la preceptiva indemnización¹². Tal y como nos muestra el tribunal arbitral en su argumentación, el art. 10.1 de la Carta es lo suficientemente amplio como para amparar la decisión legislativa

¹² Pág. 352.

de un Estado contratante de modificar el régimen de cualquier sector económico. De esta forma, citando otras resoluciones arbitrales precedentes (aunque, como es bien sabido, estas no vinculan al tribunal arbitral, pues no existe jurisprudencia en el arbitraje internacional, siendo cada laudo único), el tribunal arbitral concluye que el Estado conserva sus potestades regulatorias y que en ningún modo el nivel de trato «justo y equitativo» otorga un inexistente derecho a la estabilidad regulatoria al inversor¹³.

Ahora bien, también sabemos, nos dice el tribunal arbitral, que en virtud de la Carta, y en particular de su art. 10.1, los Estados sí que tienen ciertas obligaciones regulatorias, que habrá que concretar. Estas obligaciones, tal y como nos descubre el tribunal arbitral a través del análisis de laudos precedentes, sí que otorgan al inversor internacional una protección frente al cambio «total e irrazonable», como sería el caso presente¹⁴. Efectivamente, cualquier inversor diligente debe ser consciente de la posibilidad de un cambio en la normativa aplicable, y precaverse frente a esta, asumiendo la posibilidad de ciertas pérdidas por esta causa. Aquí hubo acuerdo en el procedimiento arbitral entre todas las partes y el propio tribunal, pues de esto pueden haber pocas dudas. Sin embargo, lo que no resultaba razonable era la pretensión del demandado Estado español, que sostenía que, ciertamente, de haber los demandantes realizado una *due diligence* adecuada hubieran podido tomar en cuenta el riesgo de cambio regulatorio y la consiguiente pérdida. Muy al contrario, como demuestra el tribunal arbitral, el cambio que se produjo mediante la reforma operada, fundamentalmente por el Real Decreto 413/2014 (que, al igual que en nuestra jurisprudencia interna, es siempre el objeto de crítica, junto con la correspondiente Orden IET/1045/2014, y no el Real Decreto Ley 9/2013), modificó en tal profundidad el régimen de las energías renovables que resultaba imprevisible para el inversor más experimentado y diligente, como ciertamente era el caso. El nuevo régimen era, en su vertiente económica, completamente distinto de aquel bajo el que se realizó la inversión, y que además se aplicó no solo a las plantas nuevas, sino también a aquellas que ya habían sido instaladas, registradas y puestas en servicio.

Para reforzar este argumento, el tribunal arbitral nos sitúa en un punto que para el observador externo puede parecer inesperado, aunque seguramente para las partes no lo fuera tanto. Se trata de la referencia adoptada como ejemplo por el propio tribunal arbitral: el Laudo de 21 de enero 2016 (*Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. c. España*). Antes hemos

¹³ Pág. 362.

¹⁴ Pág. 363.

dicho que este laudo fue favorable a España, pero con el matiz de que no decidió sobre la reforma de 2013, sino sobre la anterior de 2010 (Real Decreto Ley 14/2010 y Real Decreto 1565/2010), que fue mucho menos traumática, y en la que el cambio se limitó, prácticamente, a una variación en la cuantía de las primas. Pues bien, este va a ser el ejemplo de contraste: la reforma de 2010 sería una modificación no expropiatoria de los derechos de los inversores, en tanto que la operada por el Real Decreto 413/2014 sí que incurriría en expropiación de los derechos de estos. Lo que es más, el propio laudo arbitral de *Charanne* dijo ya esto mismo, aclarando no haber sido interrogado por la reforma de 2013-2014 por decisión de las propias partes, y que en todo caso la opinión emitida en aquel supuesto no prejuzgaría (como de hecho no puede hacer) el laudo de cualquier otro tribunal arbitral que sí que se enfrentara a aquella cuestión¹⁵. Así, el argumento del laudo de *Charanne* para desestimar la demanda frente al Estado español fue precisamente que «un inversor, en efecto, tiene la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó su inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada»¹⁶ y que «en cuanto a proporcionalidad, el Tribunal Arbitral estima que este criterio queda satisfecho siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente»¹⁷. Es decir, que, si bien el Estado español ganó el arbitraje de *Charanne*, la responsabilidad derivada de la reforma de 2013-2014 resultaba difícil de evitar. De alguna forma, la condena era ya ínsita a aquel arbitraje, y probablemente era cuestión de tiempo.

Más aún, el tribunal arbitral de *Eiser* no se limita a declarar la imprevisibilidad del cambio regulatorio, sino que afirma también abiertamente la retroactividad de la medida. Así, según el tribunal arbitral, el Estado español demandado aplicó los estándares establecidos en el Real Decreto 413/2014 «de forma retroactiva, estos estándares uniformes a las instalaciones existentes, como las de las Demandantes, que fueron previamente diseñadas, financiadas y construidas sobre la base del muy distinto régimen regulatorio del Real Decreto 661/2007. Al establecer la remuneración, no se tuvieron en cuentas las características financieras y operativas específicas de las plantas existentes»¹⁸. Así pues, al tribunal arbitral no le quedan dudas acerca del carácter retroactivo

¹⁵ *Charanne*, pág. 542.

¹⁶ *Charanne*, pág. 514.

¹⁷ *Charanne*, pág. 517.

¹⁸ Pág. 400.

del régimen desarrollado por el Real Decreto 413/2014, lo que incide en la propia violación del art. 10 de la propia Carta de la Energía.

Por último, queremos destacar del laudo la cuantificación de los daños. Es aquí donde el tribunal arbitral, considerando que el cambio de régimen operado por el Real Decreto 413/2014, no solo infringe los principios del art. 10.1 de la Carta sino que tiene carácter expropiatorio, aplica el art. 13 y lo emplea para justificar el pago de la cuantía indemnizatoria con la que el Estado español deberá indemnizar al demandante por sus pérdidas. En realidad, las demandantes solicitaron como primera opción la restitución del régimen del Real Decreto 661/2007 por parte del tribunal arbitral, cosa que obviamente queda fuera de su competencia. Conviene recordar con el tribunal arbitral que:

[...] el Tribunal no cuestiona el derecho soberano del demandado de tomar medidas regulatorias apropiadas para atender a las necesidades públicas, lo que potencialmente incluye la modificación del régimen del Real Decreto 661/2007. No obstante, debe hacerlo dentro del marco legal internacional que aceptó al firmar el TCE [Tratado para la Carta de la Energía], que incluye la obligación de proporcionar compensación en caso de incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el Tratado¹⁹.

Esta afirmación nosotros la entendemos de la única manera que puede entenderse, es decir, no solo que el Estado es soberano y ostenta plenamente su potestad legislativa, sin límite alguno de la potestad, al margen de que, si se ejercita tal potestad infringiendo alguno de los deberes del propio Estado que se deriva de la legalidad internacional de la que participa, esta infracción pueda dar lugar a responsabilidad. Aclaremos esto para que en ningún caso la expresión «debe hacerlo dentro del marco legal internacional que aceptó al firmar el TCE» pueda sugerir que existe alguna relación sistémica entre las fuentes, ni implica en ningún caso la nulidad del reglamento, ni podría declarar esa nulidad el tribunal arbitral aunque existiera. Por otra parte, tampoco creemos que sea deseable la imposición de tal concepción monista, ni es la pretensión del tribunal arbitral al realizar esta afirmación. Otra cosa es que, como propondremos más abajo, el órgano judicial interno pueda aplicar el Tratado (que sí está vigente en el Ordenamiento) para interpretar el reglamento *conjuntamente* con las normas de rango legal del derecho interno, sirviendo entonces como argumento favorable a la nulidad del reglamento o a una forma de interpretación conforme con la Constitución y la Ley.

¹⁹ Pág. 425.

En cualquier caso, y al margen de esta discusión, que retomaremos más abajo, el laudo finaliza con una condena por daños muy cuantiosa: unos nada inestimables 128 millones de euros, en concepto de daños a futuro²⁰. Significativamente, el tribunal arbitral rechaza conceder otros 13 millones de euros a la demandante en concepto de pérdidas o daños «históricos» derivadas del cambio de régimen del Real Decreto 661/2010, afirmando que el Estado español «cruzó la línea» (sic) en la reforma de 2014, y siguiendo así el laudo de *Charanne*²¹. A esta condena se añaden unos intereses del 2,07% mensual compuesto desde el día 20 de junio de 2014 hasta la fecha del laudo, y una tasa adicional de 2,50% compuesta mensualmente desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago²². Igualmente, se reparten las costas (956.159,58 dólares) a partes iguales entre ambas partes²³.

Procede recordar también, casi ya a modo anecdótico, que el Estado español recurrió el laudo por los medios disponibles en el propio CIADI, fundamentado en un supuesto conflicto de intereses de uno de los árbitros, y se opuso al reconocimiento del laudo en un Tribunal Federal de Nueva York alegando su nulidad por violación de la inmunidad de la soberanía española en virtud de una ley norteamericana, en ambos casos sin éxito²⁴.

III. LA CLAVE AD EXTRA: ¿LA POSIBLE APLICABILIDAD DEL LAUDO?

Llegamos por fin a la pregunta que, desde el inicio del presente comentario, queríamos plantear. La sentencia comentada, como decíamos más arriba, presenta una singularidad (y probablemente una sola) respecto de todas las sentencias anteriores y posteriores de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que resuelven alguna de las numerosísimas demandas de nulidad del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, siempre desestimatorias. Esta singularidad es precisamente el hecho de haber sido dictada con posterioridad al laudo del CIADI de 4 de mayo de 2017, que este fue alegado por la parte, y que el Tribunal Supremo menciona en su propio texto dicha circunstancia. Por supuesto, la alegación del laudo del CIADI va a convertirse en recurrente

²⁰ Pág. 474.

²¹ Pág. 458.

²² Pág. 478.

²³ Pág. 485.

²⁴ Estos datos son de conocimiento general por referencias informativas aparecidas en la prensa en los últimos meses. A tal objeto, véase, por ejemplo, https://elpais.com/economia/2017/07/04/actualidad/1499186010_641609.html y https://elpais.com/economia/2017/08/03/actualidad/1501744736_728535.html.

de inmediato, como de hecho ya ha sucedido²⁵. Pero la pregunta sigue abierta: si existe o no algún mecanismo para incorporar su contenido al ordenamiento español.

Ciertamente, el objeto de los recursos residenciados ante el Tribunal Supremo y el laudo son muy diferentes: el primero analiza la validez del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, y el segundo la responsabilidad a la que la vigencia de ambas normas en el derecho interno da lugar conforme a la Carta de la Energía. Pero, siendo esto correcto, también lo es que las valoraciones que realizan tanto el Tribunal Supremo como el tribunal arbitral sobre el fondo de la cuestión se solapan, especialmente en el análisis del impacto del Real Decreto 413/2014 sobre la seguridad jurídica del sector y sus efectos retroactivos. Y lo que es más, si no coinciden también en el análisis del efecto expropiatorio de esta norma sobre los inversores es precisamente porque el Tribunal Supremo no tiene que enfrentarse a esta cuestión, al afirmar la validez de la norma reglamentaria, pues por mucho que «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización»²⁶, los fundamentos para reclamarla aquí sí que serían, en caso de declaración de nulidad, muy claros. En este aspecto, no es descartable que los argumentos del laudo tengan cierta aplicabilidad en sede contencioso-administrativa, independientemente de que el laudo mismo sea o no aplicable.

De todas formas, el gran problema subyacente es sin duda el trato diferenciado que este laudo, si se reproduce —como es más que probable— implica para los inversores nacionales respecto de los internacionales. Como es bien sabido, los inversores internacionales son los únicos que tienen abierta la vía de la reclamación ante tribunales arbitrales internacionales, precisamente porque estos han sido instituidos con la finalidad de proteger los intereses de aquellos, para compensar el sesgo de los tribunales nacionales para enjuiciar a su propio Estado, tradicionalmente desfavorable a los inversores internacionales. Ahora bien, en lo que esto desemboca es en un trato diferenciado de los inversores internacionales respecto de los nacionales, a quienes solo les queda la vía de los tribunales nacionales.

Es justo admitir, de todas formas, que cada una de las demandas, tanto las de los inversores nacionales ante el Tribunal Supremo como las

²⁵ Nos remitimos a este respecto a la nota 1, donde enumerábamos algunas de las sentencias posteriores a la comentada sobre impugnación del Real Decreto 413/2014 que ya se pronuncian sobre el laudo del CIADI.

²⁶ Art. 32.1 2º de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

de los inversores internacionales antes los tribunales arbitrales, son diferentes entre sí, porque en una normativa tan casuística como la del Real Decreto 413/2014, resulta imposible dar una sola respuesta a todos los supuestos. Cada recurrente, además, modula su pretensión conforme a su propia situación jurídica, siendo muy importante también en la jurisprudencia el debate en cada caso sobre la aplicabilidad o no del régimen especial de la actividad de producción de energía eléctrica al demandante. Pero ciertamente, las resoluciones del Tribunal Supremo han seguido no solo una línea argumental muy similar en todos los casos, sino que han reproducido las posiciones sentadas en la primera resolución sobre la validez de ambas normas, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 3560/2016, de 13 de julio de 2016, incluso con literalidad (y aún más en el caso de los votos particulares). Por otra parte, y aunque aquí la predicción resulta más complicada, lo más probable es que este método se reproduzca también en la sede del CIADI. Por lo tanto, las posiciones ya están tomadas. Se comprende así la divergencia entre estas dos líneas «jurisprudenciales», si bien una de ellas, la arbitral, no tiene jurisprudencia propiamente dicha, pero parece evidente que los tribunales arbitrales, o al menos los del CIADI, van a ser fieles a la doctrina que ha dictado este primer laudo de 4 de mayo de 2017.

Pues bien, procede entonces analizar con qué argumentos rechaza el Tribunal Supremo la aplicación del laudo en la sentencia objeto de estudio, para exponer después nuestras propuestas. Es al final del fundamento jurídico tercero cuando se aborda la solicitud de toma en consideración del laudo por parte de la demandante. En sus tres párrafos, la sentencia nos presenta cuatro argumentos para afirmar la inaplicabilidad del laudo. El primero es que, a pesar de que el hecho de no haber alegado en el recurso contencioso-administrativo ningún precepto del Tratado sobre la Carta de la Energía no sería óbice para pronunciarse sobre la eficacia del laudo —que, como ya sabemos, se fundamenta en esta norma—, la atribución a esta decisión arbitral de efectos *erga omnes*, en opinión del Tribunal Supremo, supondría que «esta Sala jurisdiccional se apartaría en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de su deber de sometimiento únicamente al imperio de la ley». En segundo lugar, supondría también inaplicar la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, y sus sucesoras, que, como también sabemos, afirman la constitucionalidad del Real Decreto Ley 9/2013. El tercero es que, de aplicar el laudo, el Tribunal Supremo violaría igualmente su propia jurisprudencia, y por lo tanto el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho. El cuarto —guarecido dentro del primero en el primer párrafo— es que el laudo en cuestión es contradictorio con otros dos laudos anteriores (los de la Cámara de Comercio de Estocolmo y, fundamentalmente, el primero de ellos, *Charanne*, que ya conocemos bien).

De nuevo, es de agradecer el enorme esfuerzo del Tribunal Supremo para dar respuesta a un problema jurídico de gran magnitud (por no hablar de su vertiente económica). Debemos admitir, además, que esta argumentación es la más obvia desde el punto de vista de la teoría de fuentes más clásica en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como trataremos de demostrar, no resulta plenamente satisfactoria, y de ahí que nos propongamos ofrecer ciertas alternativas, especialmente a la vista de la expansión que esta clase de conflictos de normas va a sufrir, en nuestra opinión, en los próximos años.

Para examinar debidamente estos argumentos, vamos a seguir el orden inverso al del análisis que acabamos de realizar, comenzando por el final. El argumento de la contradicción entre laudos ya lo hemos descartado suficientemente con el análisis del laudo del CIADI. Como sabemos, los laudos no son en absoluto contradictorios, sino al contrario, cada uno decide sobre un régimen jurídico distinto, y por lo tanto con diferente incidencia sobre los inversores: uno, sobre la reforma del sector eléctrico operada por el Real Decreto 661/2010, que es considerada admisible, y otro, el de la reforma del Real Decreto 413/2014, que no lo es. De hecho, parece que ambas decisiones son no tanto contradictorias, sino más bien convergentes. Como ya hemos expuesto, el laudo del CIADI no solo no ignora el laudo de *Charanne*, sino que lo cita, tanto para distinguir ambos casos como para emplear sus fundamentos jurídicos en su propia decisión. Lo que es más, el propio laudo de *Charanne*, como ya hemos demostrado, aclara —a nosotros nos parece que casi entre quejas— que si no se pronuncia sobre la reforma de 2013-2014, es precisamente porque las partes han decidido voluntariamente no someterla a la decisión del tribunal arbitral. Parece más que probable que el tribunal arbitral de *Charanne* pensaba de la reforma de 2013-2014 lo mismo que el de *Eiser*. Por otra parte, si el laudo de *Eiser* se repite en el CIADI —como, insistimos, parece probable— las posibilidades argumentativas que le restan a la tesis de los laudos contradictorios son pocas.

El tercer argumento pretendía que, de cambiar su jurisprudencia, el tribunal violaría «el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho». Efectivamente, hay argumentos para traer al debate el principio de igualdad, pero los hay por ambas partes. Ya hemos dicho cómo uno de los principales problemas que se derivan de la existencia del laudo de *Eiser* es precisamente el trato distinto que otorga a los demandantes internacionales respecto de los nacionales. Los recursos de los inversores nacionales ante el Tribunal Supremo (o más bien sus escritos de alegaciones aportando el laudo) posteriores a la decisión del tribunal arbitral del CIADI en *Eiser* están probablemente repletos de referencias, más o menos sólidas, al art. 14 de la Constitución. En nuestra opinión, es difícil fundamentar bien uno u otro argumento. El fenómeno al que nos enfrentamos es, creemos, un problema de fuentes, más

que un problema de trato igual a todos los inversores. No creemos que en esta sentencia haya propiamente una violación del art. 14 de la Constitución, si tenemos en cuenta que las dos situaciones a las que se aplica no son propiamente iguales, sino fundamentalmente distintas: el inversor internacional está sometido a la protección de un tratado internacional (en este caso, el Tratado sobre la Carta de la Energía) que a su vez es consecuencia de la situación de desprotección de la que parte por tener que enfrentarse a un Estado extranjero en sus propios tribunales, en tanto que al inversor nacional quien debe protegerle de su Estado es su propio Estado de derecho. La bifurcación de vías existe, es un hecho y no es nueva en este caso, y por lo tanto desde que existe se asume que pueda producirse un trato diferente. Tanto más cuando sabemos que, por muy similares que sean todas las resoluciones ya dictadas por el Tribunal Supremo confirmando la validez del Real Decreto 413/2014, son todas ellas dictadas en casos diferentes, y en los que como ya decíamos más arriba, la naturaleza y sobre todo la actividad concreta del demandante puede ser también una clave importante para la resolución del supuesto.

Lo que sí que es igual es la decisión sobre la eficacia de la norma enjuiciada, en la que no cabe una declaración de validez e invalidez al mismo tiempo. Por supuesto, esto no se ha producido, porque el único órgano competente para enjuiciar la validez del Real Decreto 413/2014 es el propio Tribunal Supremo español, mientras que el tribunal arbitral no se pronuncia sobre esta cuestión, y se limita a declarar daños expropiatorios en favor del demandante. Pero este criterio formal no da una respuesta suficiente al problema de fondo que plantea la citada norma reglamentaria, porque el análisis de los dos órganos sobre su carácter infractor de la seguridad jurídica y su retroactividad sí que es divergente, y es justo aquí donde no debería haber dos juicios contradictorios. El Real Decreto 413/2014 no puede ser lícitamente e ilícitamente retroactivo a la vez, y es precisamente el Tribunal Supremo, como órgano que tiene atribuida la competencia de enjuiciar la validez de la norma, quien debe optar por una de las dos. Y la respuesta no puede ser sencillamente la ignorancia del laudo, porque si el laudo declara ilícitamente retroactiva o contraria a la seguridad jurídica una norma que en el derecho interno se considera no retroactiva (o con un nivel de retroactividad aceptable) y garantista con la seguridad jurídica, un órgano judicial español que reconociera tal laudo, o el propio Estado español al ejecutar su decisión, estaría incurriendo en una sorprendente contradicción.

Por otro lado, si circunstancias sobrevenidas (o una nueva interpretación del derecho sobrevenida) permiten innovar la interpretación de una determinada norma, incluso para negar su validez con criterio contrario al reiteradamente sostenido, el Tribunal Supremo no está obligado a mantener su jurisprudencia, sino que puede apartarse de ella motivadamente. Más allá de

los debates sobre si la jurisprudencia es fuente de derecho o no, que no nos competen ahora, el Tribunal Supremo no tiene obligación de mantener un criterio reiterado si considera que debe cambiarlo, ni siquiera sobre la validez de una norma reglamentaria, a nuestro entender. Otra cosa será los efectos que semejante cambio en la jurisprudencia produzca, que en todo caso sí que pueden ser difíciles de manejar.

El segundo argumento, siendo comprensible, tampoco nos parece convincente. Por supuesto que el Tribunal Supremo debe acatar la jurisprudencia constitucional, *ex art.* 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero es que la constitucionalidad del Real Decreto Ley 9/2013 no está en cuestión desde que el Tribunal Constitucional dictó tales resoluciones, y desde luego nunca lo ha estado en los laudos. Efectivamente, los laudos ni pueden abordar tal cuestión ni de hecho lo hacen. Se limitan a criticar los efectos del Real Decreto 413/2014. Y tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo este es un problema importante, por más que algunos demandantes lo sigan alegando²⁷. El debate asume ya la constitucionalidad de esta norma, y se centra en el desarrollo que de ella hace el citado Real Decreto y su polémica eficacia retroactiva. En este sentido, nos sumamos al argumento de los votos particulares tan reiterados, y singularmente al del magistrado Espín Templado, quien ya ha argumentado —con mayor pericia de la que nosotros podamos nunca ejercitar— la nulidad de la norma para que sea sustituida por otra que desarrolle el Real Decreto Ley 9/2013 (y consecuentemente la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) en unos términos admisibles en lo que respecta a la retroactividad permitida. Aplicar el laudo, por lo tanto, solo significaría cuestionar la validez del Real Decreto por su carácter retroactivo, sin que entre esta decisión en conflicto con ninguna norma de rango legal o constitucional.

El gran problema, sin embargo, es el planteado en el primer argumento. Sin duda alguna, el Tribunal Supremo adopta la posición más sencillamente asumible en nuestro sistema de fuentes: un laudo de un tribunal del CIADI no tiene una posición definida en nuestro ordenamiento ni en nuestro sistema de fuentes, y no hay manera, por sí solo, de integrarlo en la legalidad del ordenamiento jurídico español, más allá de su posible reconocimiento, que en cualquier caso solo tendría efectos entre las partes, y ni mucho menos se le podrían atribuir efectos *erga omnes*. Este argumento, que es en el que todos coincidiríamos en el clásico derecho público, está, en opinión de quien escribe, entrando en crisis. La sentencia comentada no es un desmentido, sino al contrario, un síntoma claro de esta situación. Existen a nivel *global* ciertas normas, muchas en realidad, casi innumerables, que teniendo incluso a

²⁷ Así lo hace el demandante en la STS 3208/2017, de 5 de septiembre de 2016.

menudo un origen privado, ostentan ciertos efectos frente a todos, o al menos frente a quienes, sin el respaldo de un clásico mandato legislativo o normativo estatal, las obedecen. El fenómeno del que estamos hablando es, por supuesto, el derecho global. La extensión del concepto, las condiciones de validez de sus normas y su eficacia, no caben en este breve estudio, y confiamos en poder abordarlas en una obra de mayor enjundia. Tampoco es clara la posible asimilación de un laudo arbitral a una norma, pues aquel por definición solo tiene efectos entre las partes, pero es igual de cierto que un laudo que declara que una norma reglamentaria estatal infringe un tratado internacional, y que es contraria a la seguridad jurídica e incurre en retroactividad prohibida, difícilmente va a limitar sus efectos a las partes.

Nuestra opinión, en lo que a este caso en concreto acontece, es que deben buscarse fórmulas, no para aplicar el propio laudo directamente como una norma, pero sí para que su contenido y sus razonamientos sean tenidos en cuenta por el propio Tribunal Supremo. Una posibilidad, ignorada hasta ahora por el tribunal —pero también, como este acertadamente sugiere, por los demandantes— es alegar la violación del art. 10.1 y el art. 13 del Tratado de la Carta de la Energía, en cuyo caso resultará difícil para el Tribunal Supremo escapar de los argumentos del laudo, sobre todo si otros laudos posteriores le siguen. Por otra parte, el laudo puede tener también un valor interpretativo: si existen dudas razonables sobre la licitud de la retroactividad del Real Decreto 413/2014, desde luego un laudo condenatorio, que encuentra que la norma tiene un efecto retroactivo incompatible con un tratado internacional del que España es parte y que resulta lesivo para los intereses de los sujetos a los que se aplica, es por sí solo un argumento de peso para equilibrar la balanza.

Entiéndase bien la tesis que defendemos en el presente trabajo: no se trata de aplicar el laudo directamente como una norma que pueda desplazar la legalidad, ni mucho menos, sino de otorgarle un valor, aunque sea mínimo, en la aplicación del derecho interno. La alegación de un laudo internacional en un proceso contencioso-administrativo en el que se impugna una norma reglamentaria interna no creemos que sea una suerte de disparate, sino que puede arrojar luz sobre el juicio de fondo, por ejemplo, sobre la infracción de ciertos principios jurídicos, como la seguridad jurídica o la retroactividad, como creemos que sucede en este caso. En todo caso, pensamos que la existencia de un laudo arbitral, y más siendo una condena de la entidad de este supuesto, no puede ser simplemente ignorada por los órganos jurisdiccionales españoles, sino que debe ser objeto de una atención mínima, que permita al menos alcanzar un punto de coherencia entre la decisión del tribunal arbitral y la aplicación del derecho interno; no plegar el derecho interno al laudo, sino evitar la contradicción abierta. Si fuera imposible encontrar tal punto, fundamentalmente si el interés público interno hace resultar imposible la asunción

del laudo en ninguno de sus puntos, entonces sencillamente podrá descartarse su toma en consideración. Ahora bien, en este caso, hay que admitir que el reconocimiento y ejecución del laudo —que a su vez muy difícilmente va a ser rechazado— implicaría una sorprendente contradicción, como apuntábamos más arriba. Lo que pretendemos argumentar no es tanto la necesidad de dar algún tipo de aplicación al laudo de *Eiser* en concreto. Se trata, por el contrario, de aventurarnos a proponer una respuesta a las constantes contradicciones y conflictos en los que, cada vez más, va a incurrir el derecho interno con diferentes fenómenos jurídicos globales, singularmente los laudos arbitrales.

IV. CONCLUSIÓN

En este breve comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Tercera, 2797/2017 de 21 de junio de 2017, hemos pretendido tres cosas. La primera de ellas, traer de nuevo al debate la ya conocida y consolidada jurisprudencia sobre la reforma del régimen tarifario de las actividades de producción de energía eléctrica en régimen especial de 2013, y destacadamente sobre la validez del Real Decreto 413/2017, de 6 de junio, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio. En este caso, hemos optado por un resumen muy breve. En segundo lugar, hemos pretendido incorporar otro nivel de la discusión de la misma materia, al analizar los procedimientos arbitrales, y singularmente el más famoso de ellos, el laudo del CIADI de 4 de mayo de 2017. Por último, y más importante, hemos sometido ambas caras de la reforma a una contraposición, y al mismo tiempo a una propuesta, por así decirlo, simbiótica: la jurisprudencia interna no puede ignorar la existencia del procedimiento arbitral, aunque sea solo por el impulso de buscar una coherencia mínima entre la aplicación de una (dos, incluyendo la orden) de las normas del sistema jurídico, las normas reglamentarias arriba citadas, que están en cuestión.

Nuestra conclusión es que no se puede negar la existencia del laudo arbitral, ni rechazar su aplicación como una mera decisión con eficacia solo entre las partes. Más bien, nos parece que es necesario otorgarle algún valor a la decisión, aunque sea solo interpretativo del derecho interno, por la propia fuerza *de facto* que puede llegar a alcanzar entre los operadores globales (sin ir más lejos, los siguientes tribunales arbitrales, que van a tomar el laudo como referencia). El derecho estatal (no solo el español) va a enfrentarse a situaciones como esta cada vez con más frecuencia; negar el fenómeno solo puede llevar al sistema jurídico, en nuestra opinión, a una adaptación más tardía y abrupta, que puede suavizarse si se enfrenta el problema desde sus inicios.

