



Universidad de Oviedo

*Programa de Doctorado en Derecho*

TESIS DOCTORAL

# **EL RIESGO REGULATORIO Y SUS LÍMITES**

**PABLO SILVÁN OCHOA**

Oviedo, 2021



## RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español: El riesgo regulatorio y sus límites	Inglés: The regulatory risk and its limits

2.- Autor	
Nombre: Pablo Silván Ochoa	DNI/Pasaporte/NIE:
Programa de Doctorado en Derecho.	
Órgano responsable: Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho.	

### RESUMEN (en español)

La presente tesis doctoral tiene como objeto analizar el riesgo regulatorio (el asociado a la modificación o a la derogación del marco regulatorio vigente, que puede incidir positiva o negativamente sobre las situaciones y las relaciones jurídicas nacidas o entabladas a su amparo) y sus límites.

El análisis del riesgo regulatorio y de sus límites se realiza en el presente trabajo tomando en consideración tanto la incidencia de aquél como el alcance de éstos sobre el fenómeno económico de la inversión (directa) realizada tanto por los inversores nacionales -incluidos los de los Estados miembros de la UE- como por los extranjeros.

La inversión, en cuanto objeto del derecho de propiedad privada, se protege tanto por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho de la UE (en cuanto a las inversiones realizadas en su territorio) como por el Derecho internacional de los derechos humanos o el Derecho internacional de inversiones, consuetudinario o convencional. Los expresados sistemas jurídicos contemplan distintos estándares de protección y mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados y regulan de manera diversa la relación entre la protección a dispensar a dicho derecho y la potestad de los poderes públicos de modificar el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de realizarse la inversión.

Tras definir el alcance de la “función de regulación”, que comprende su establecimiento y aplicación (actividades en las que, respectivamente, cobran gran importancia los principios de buena regulación y la actuación de las autoridades regulatorias independientes), la presente tesis aborda el concepto de “riesgo regulatorio” en el ámbito de la inversión y algunas de sus manifestaciones más típicas (p.ej. modificación de las condiciones reguladoras del acceso o del ejercicio de actividades económicas, incluso de las que tienen base contractual).

La identificación de los límites del riesgo regulatorio parte de examinar la protección del derecho de propiedad privada por el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos para, a continuación, analizar los que específicamente contemplan:

- El Derecho internacional de inversiones, que protege a los inversores exteriores y a sus inversiones frente a las expropiaciones indirectas y medidas de efecto equivalente o con arreglo al estándar de trato justo y equitativo, y ello con base tanto en el Derecho internacional consuetudinario como en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones, haciéndose particular referencia a la doctrina sentada por los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de controversias entre inversores extranjeros y Estados acerca de, entre otras cuestiones, los elementos que integran dicho estándar (particularmente, la protección de las expectativas legítimas de los inversores) y las excepciones aplicables (protección de los derechos humanos, del medio ambiente, de la salud, del empleo y de las condiciones laborales o de las estabilidad económica y social).
- El Derecho de la UE, que, además de proteger el derecho de propiedad privada,



contiene diversas garantías para quienes inviertan en la UE.

- El Derecho nacional (concretamente, el español), que además de proclamar el principio de irretroactividad de ciertas normas, contempla la garantía expropiatoria y la responsabilidad patrimonial de la administración y contiene diversos principios que operan como límites del riesgo regulatorio.

La aplicación de distintos sistemas jurídicos que protegen de manera diversa un mismo bien (la inversión) frente al ejercicio por los Estados de la función de regulación puede dar lugar a resultados inconsistentes o incoherentes que el presente trabajo pretende identificar. Dicha aplicación puede, en ocasiones, provocar situaciones de discriminación por razón de la nacionalidad del inversor (*reverse discrimination*), analizándose, concretamente, la producida en España con ocasión de la reforma del régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables realizada entre 2010 y 2013 desde la perspectiva tanto del Derecho español (y de la UE) como del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Finalmente, el presente trabajo examina la interacción de los distintos sistemas jurídicos de protección de las inversiones, analiza su recíproca influencia (real o, al menos, potencial) y expone los instrumentos e iniciativas que podrían reducir las incoherencias y las situaciones de discriminación a que da lugar su aplicación.

### RESUMEN (en Inglés)

The purpose of this doctoral thesis is to analyse the concept of regulatory risk (the risk associated with the modification or repeal of the current regulatory framework, which may have a positive or negative impact on the legal situations and relationships created or entered into according to it) and its limits.

The analysis of the regulatory risk and its limits is carried out in this paper taking into consideration both its impact and its scope on the economic phenomenon of (direct) investment by both domestic investors -including those from EU Member States- and foreign investors.

Investment, as an object of private property rights, is protected both by national legal systems and EU law (in respect of investments made on its territory) and by international human rights law or international investment law (customary or treaty law). These legal systems contemplate different standards of protection and investor-state dispute settlement mechanisms and regulate in different ways the relationship between the protection to be afforded to those rights and the power of the public authorities to modify the legal system in force at the time when the investment was made.

After defining the scope of the “regulatory function” which includes its establishment and enforcement (activities in which, respectively, the principles of good regulation and the role of independent regulatory authorities are of great importance), this thesis addresses the concept of “regulatory risk” in the field of investment and some of its most typical manifestations (i.e. modification of the regulatory conditions of access or the exercise of economic activities, including those with a contractual basis).

The identification of the limits of regulatory risk starts by examining the protection of private property rights under constitutional law and international human rights law, and then goes on to analyse those specifically offered by:

- International investment law, which protects foreign investors and their investments against indirect expropriations and measures having equivalent effect or in accordance with the standard of fair and equitable treatment, based on both customary international law and investments treaties. Particular reference is made to the doctrine established by arbitration tribunals entrusted with the resolution of disputes between foreign investors and states on, among other issues, the elements that make up this standard (in particular, the protection of investors' legitimate expectations) and the applicable exceptions (protection of human rights, the environment, health, employment and labour



conditions or economic and social stability).

- EU law which, in addition to protecting the right to private property, contains various guarantees for those who invest in the EU.
- National law (specifically, Spanish law), which, in addition to proclaiming the principle of non-retroactivity of certain rules, provides for the expropriation guarantee and the liability of the administration and contains various principles that operate as limits to regulatory risk.

The application of different legal systems that protect the same good (the investments) in different ways against the exercise by states of the regulatory function can lead to inconsistent or incoherent results, which this paper aims to identify. Their application can, on occasions, give rise to situations of discrimination based on the nationality of investors (reverse discrimination). This is precisely what happened when the Spanish authorities reformed the remuneration system for electricity production from renewable energy sources carried out between 2010 and 2013, which is analysed from the perspective of both Spanish (and EU) law and the Energy Charter Treaty.

Finally, the thesis examines the interaction of the different investment protection legal systems, analyses their (actual or at least potential) influence on each other and outlines instruments and initiatives that could reduce the incoherencies and discriminatory situations resulting from their application.

**SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**



Universidad de Oviedo

*Programa de Doctorado en Derecho*

TESIS DOCTORAL

# **EL RIESGO REGULATORIO Y SUS LÍMITES**

**PABLO SILVÁN OCHOA**

Director

DR. D. ALEJANDRO HUERGO LORA

Oviedo, 2021

*But though men, when they enter into society, give up the equality, liberty, and executive power they had in the state of nature, into the hands of the society, to be so far disposed of by the legislative, as the good of the society shall require; yet it being only with an intention in every one the better to preserve himself, his liberty and property.*

John Locke, *Second Treatise of Government* (1690) Ch. IX. "Of the ends of political society and government" §131.

## LISTADO DE ABREVIATURAS

ANR	Autoridades Nacionales de Reglamentación
Aptdo.	Apartado
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CETA/AECG	<i>EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement / Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá</i>
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CTC	Costes de Transición a la Competencia
Disp.	Disposición
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EIR	Evaluación de Impacto Regulatorio
FDI/IED	<i>Foreign Direct Investment / Inversión Exterior Directa</i>
FET	<i>Fair and equitable treatment</i>
ICSID/CIADI	<i>Internacional Center for the Settlement of Investment Disputes / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones</i>
NAFTA/TLCAN	<i>North American Free Trade Association / Tratado de Libre Comercio de América del Norte</i>
OEA	Organización de los Estados Americanos
OECD/OCDE	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development / Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCA/CPA	<i>Permanent Court of Arbitration / Corte Permanente de Arbitraje</i>
PCIJ	<i>Permanent Court of International Justice</i>

Rec.	Recurso
SCC	<i>Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce</i> / Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCITRAL/CNUDMI	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> / Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
UNCTAD/CNUCYD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> / Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo
USMCA/T-MEC	<i>United States–Mexico–Canada Agreement</i> / Tratado entre México, los Estados Unidos de América y Canadá



## ÍNDICE

<b>Listado de abreviaturas .....</b>	<b>3</b>
<b>I.- Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>II.- La función de regulación.....</b>	<b>17</b>
2.1. El surgimiento de la función de regulación .....	22
2.2. La función de regulación y el establecimiento del marco regulatorio. La creciente relevancia de los principios de buena regulación.....	33
2.3. Aplicación del marco regulatorio. Las autoridades regulatorias independientes. ....	50
<b>III.- Concepto y manifestaciones del riesgo regulatorio .....</b>	<b>64</b>
3.1. Modificación de las condiciones de acceso al ejercicio de las actividades económicas .....	66
3.2. Modificación de las condiciones de ejercicio de las actividades económicas .....	71
3.3. Modificación de la regulación que presida la ejecución de negocios jurídicos celebrados con entidades del sector público.....	80
<b>IV.- El derecho a la propiedad privada en cuanto límite del riesgo regulatorio. ....</b>	<b>89</b>
4.1. El derecho de propiedad privada en el Derecho constitucional comparado. ....	90
4.2. El derecho de propiedad privada en la CE.....	98
4.3. Los sistemas internacionales de protección del derecho de propiedad en cuanto derecho humano .....	107
4.4. En particular, la protección del derecho de propiedad en el sistema europeo de derechos humanos.....	115
a) El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites de dicho reconocimiento.....	117
b) El contenido del derecho a la propiedad privada según la Jurisprudencia del TEDH. ....	120
c) La eficacia de las sentencias del TEDH en relación con el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH .....	128
<b>V.- Límites del riesgo regulatorio con arreglo al Derecho internacional de inversiones .....</b>	<b>134</b>
5.1. La protección de las inversiones exteriores en el Derecho internacional ..	134
5.2. La protección de las inversiones exteriores frente a expropiaciones y medidas de efecto equivalente .....	149
a) Orígenes y evolución de la protección dispensada por el Derecho internacional de inversiones frente a las expropiaciones. ....	152

b)	Protección frente a la expropiación y las medidas de efecto equivalente a la expropiación. ....	158
c)	La distinción entre las expropiaciones indirectas y las medidas regulatorias de carácter no expropiatorio por los tribunales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores y Estados.....	166
i.-	Impacto económico de la medida o medidas estatales.....	166
ii.-	Interferencia con las expectativas razonables del inversor extranjero .	169
iii.-	Naturaleza, finalidad y características de las medidas discutidas.....	169
5.3.	El tratamiento de las inversiones exteriores con arreglo al estándar de trato justo y equitativo. ....	179
a)	Origen y evolución del estándar de trato justo y equitativo. ....	186
b)	El estándar de trato justo y equitativo en la práctica convencional....	192
i.-	Acuerdos internacionales que no contemplan el estándar de trato justo y equitativo .....	192
ii.-	Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo con referencia al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario. ....	193
iii.-	Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo con referencia al Derecho internacional. ....	195
iv.-	Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo sin referencia alguna al Derecho internacional o al Derecho internacional consuetudinario. ....	197
v.-	Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo sin referencia alguna al Derecho internacional o al Derecho internacional consuetudinario aunque con exigencias sustantivas adicionales.....	199
c)	Evolución de la interpretación del estándar de trato justo y equitativo. ....	200
i.-	El estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario.....	201
ii.-	Recepción y evolución del estándar mínimo de trato en el acuerdo NAFTA.....	203
iii.-	La interpretación del estándar de trato justo y equitativo por los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de controversias entre inversores y Estados. ....	215
iv.-	La protección de las expectativas legítimas de los inversores extranjeros .....	216
v.-	Otros elementos comprendidos dentro del estándar de trato justo y equitativo. ....	230
5.4.	Excepciones a la protección de las inversiones exteriores. ....	232
a)	Establecimiento de tributos .....	234
b)	Protección de los derechos humanos. ....	236

c) Adopción de medidas en defensa del interés general.....	244
i.- La protección del medio ambiente .....	247
ii.- La protección de la salud.....	260
iii.- La defensa del empleo y de las condiciones laborales de los trabajadores.....	268
iv.- La estabilidad económica y social.....	270
5.5 La modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables a la luz del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el TCE.....	284
<b>VI.- Límites del riesgo regulatorio con arreglo al Derecho de la Unión     Europea.....</b>	<b>314</b>
6.1. Restricción de los derechos de los inversores extranjeros en la UE.....	318
6.2. La protección de la propiedad privada en la UE.....	323
6.3. La protección de las inversiones por el Derecho de la UE.....	331
<b>VII.- Límites del riesgo regulatorio con arreglo al Derecho español .....</b>	<b>333</b>
7.1. Antecedentes históricos .....	336
a) El principio de irretroactividad.....	336
b) La garantía expropiatoria y la responsabilidad patrimonial .....	338
7.2. Función de regulación y responsabilidad patrimonial. La responsabilidad del Estado legislador.....	344
7.3. Efectos de la aprobación de normas sobre los contratos del sector público. La doctrina del <i>factum principis</i> . .....	366
7.4. Principios que limitan el ejercicio de la función de regulación .....	371
a) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. ....	371
b) Seguridad jurídica y confianza legítima. ....	375
c) Irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.....	382
d) La garantía de una rentabilidad razonable.....	386
e) Mitigación del riesgo regulatorio mediante la previsión de regímenes transitorios o sistemas de compensación.....	388
7.5. La modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables a la luz de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad tras la STC 270/2015. ....	392
<b>VIII.- La interacción entre los sistemas jurídicos de protección de las     inversiones .....</b>	<b>406</b>
8.1. Relación entre el Derecho nacional y el sistema europeo de derechos humanos.....	408
8.2 Relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE en materia de protección de los derechos fundamentales .....	412

8.3. Relación entre el sistema europeo de derechos humanos y el Derecho de la UE .....	415
8.4. Relación entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional de inversiones. ....	421
8.5. Relación entre el Derecho español y el Derecho internacional de inversiones .....	451
<b>IX.- Convergencia entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y el Derecho nacional en materia de inversiones.....</b>	<b>464</b>
9.1. La discriminación de los inversores nacionales (y de la UE) frente a los inversores extranjeros. ....	465
9.2 Interacción entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y el Derecho nacional en materia de inversiones exteriores.....	478
a) La reforma del Derecho internacional de inversiones y la reformulación del estándar de trato justo y equitativo .....	479
b) La salvaguardia de la facultad de regular de los Estados huéspedes..	485
c) La mejora de la coherencia y de la consistencia del Derecho internacional de inversiones .....	488
d) Manifestaciones de la nueva política de protección de inversiones en la práctica convencional .....	491
9.3. La influencia del Derecho internacional de inversiones sobre la función de regulación de las autoridades nacionales. ....	496
<b>X.- Conclusiones .....</b>	<b>501</b>
<b>XI.- Bibliografía .....</b>	<b>518</b>
<b>Anexo 1. Casos de arbitraje de inversiones iniciados frente al Reino de España por posibles violaciones del TCE .....</b>	<b>544</b>

## I.- INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene como finalidad analizar un problema que, muy probablemente, es tan antiguo como la sociedad o el Derecho mismos: identificar los límites que deben observar los poderes públicos en el ejercicio de su potestad de regular.

Las normas legales o reglamentarias y la interpretación que de las mismas hacen los operadores jurídicos encargados de su aplicación varían en el tiempo para hacer posible que el Derecho refleje la cambiante realidad social. La producción de avances científicos y tecnológicos, el surgimiento de nuevas necesidades sociales, la evolución de las principales variables macroeconómicas o el acaecimiento de ciertos eventos (de origen natural o no), entre otras posibles, son circunstancias que pueden requerir la sustitución o la adaptación de la regulación existente en un determinado momento.

La modificación o la derogación del marco regulatorio en vigor puede incidir, positiva o negativamente, sobre las situaciones y relaciones jurídicas nacidas o entabladas previamente y a su amparo, siendo el “riesgo regulatorio” el que soportan los titulares de dichas situaciones y relaciones de que se produzcan dichas modificación o derogación y de que las mismas puedan afectarles de alguna manera. Como señala STRAUZ, *“regulatory risk reflects the uncertainty behind new or changing regulation over time”*<sup>1</sup>.

El presente trabajo no pretende identificar cuáles puedan ser los límites del riesgo regulatorio con carácter general y en relación con todo tipo de situaciones y relaciones jurídicas sino, única y exclusivamente, cuáles son los que pueden llegar a condicionar el ejercicio por los poderes públicos de la denominada “función de regulación” en lo que al fenómeno de la “inversión” (tanto nacional como extranjera) respecta.

La inversión es una realidad económica de notable complejidad. La misma, en principio, está ligada a la idea de destinar unos concretos recursos a la obtención de un beneficio.

Cualquier inversión se caracteriza por implicar la asunción por el inversor de un compromiso de adscripción de un capital o de otros bienes o derechos a la consecución

---

<sup>1</sup> STRAUZ, R. (2011) “Regulatory risk under optimal monopoly regulation”, *The Economic Journal*, 121, Oxford University Press, pág. 740.

de una finalidad, por tener una cierta duración y por llevar aparejadas tanto la expectativa de ganancia o de beneficio como la asunción del correspondiente riesgo.

La inversión es un fenómeno primordialmente económico, aunque no resulta en modo alguno ajena al Derecho, que la considera desde muy variadas perspectivas (las ofrecidas, por ejemplo, por el Derecho de sociedades, el del mercado de valores, el concursal, el tributario, el constitucional, el administrativo o el internacional público) y la regula con la finalidad de proteger intereses diversos tanto de carácter individual (entre otros, los de los accionistas, acreedores, trabajadores o consumidores y usuarios) como general (los relativos a la ordenación del territorio, a la protección del medio ambiente, de la salud o de la seguridad públicas o a la garantía de la estabilidad económica y social, entre otros posibles).

No obstante su indudable relevancia económica, no existe en el ordenamiento jurídico español una definición general de qué se entiende por inversión, aunque una multitud de normas se refieren a dicho término<sup>2</sup>.

Únicamente la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, se refiere a una de sus especies definiendo en su art. 7 bis<sup>3</sup> el término “inversión exterior directa”<sup>4</sup>, si bien lo hace únicamente a los efectos previstos en el propio precepto: determinar el alcance objetivo de la suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España realizadas en determinados sectores que afectan al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública o por inversores extranjeros en los que concurren

---

<sup>2</sup> Regularmente se conceden subvenciones para la ejecución de “proyectos de inversión” en determinadas zonas de promoción económica al amparo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales. Por su parte, la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 crea el Fondo de Apoyo a la Inversión Industrial Productiva (FAIIP) con la finalidad de prestar apoyo financiero retornable para promover “inversiones” de carácter industrial.

<sup>3</sup> Añadido por Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, para introducir mecanismos de autorización *ex ante* de determinadas inversiones extranjeras debido al descenso del del valor patrimonial de empresas de sectores estratégicos de la economía como consecuencia de la crisis global desencadenada por dicha enfermedad.

<sup>4</sup> El elemento que diferencia la inversión exterior directa y la indirecta (denominada también de portafolio o cartera) es el control ejercido por el inversor, control que necesariamente ha de concurrir en la primera y que habitualmente se asocia a que la participación en el capital social de la empresa de que se trate sea igual o superior al 10%.

determinadas circunstancias. El alcance de dicha definición, atendido el carácter restrictivo de la regulación legal a la que se refiere, es, además de un tanto tautológico, sensiblemente limitado<sup>5</sup>.

El término inversión es, sin embargo, el concepto nuclear del “Derecho internacional de inversiones”. Aunque no aparece definido en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio “CIADI”), no obstante ser uno de los elementos centrales determinantes de la jurisdicción de los tribunales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores extranjeros y Estados<sup>6</sup>, el mismo se recoge en un elevado número de acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones contenidos en multitud de acuerdos de libre comercio.

Por su amplitud y exhaustividad, a continuación se hace referencia a la definición de inversión (exterior) contenida en el art. 8.1 del Acuerdo Económico y Comercial Global celebrado entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016 (“CETA”):

“Cualquier tipo de activo que sea propiedad de un inversor o esté bajo el control, directa o indirectamente, de éste, que tenga las características de una inversión, lo que incluye una duración determinada y otras características,

---

<sup>5</sup> “Se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se adquiera el control de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que concurra una de estas circunstancias:

a) Que se realicen por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio.

b) Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor”.

<sup>6</sup> Señala su art. 25.1 que “la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”. Según reza el apdo. 27 del Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Alcance del Convenio “no se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro.

como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgos. Una inversión puede revestir, entre otras, las formas siguientes:

- a) una empresa;
- b) acciones, títulos o cualquier otra forma de participación en el capital de una empresa;
- c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa;
- d) un préstamo a una empresa;
- e) cualquier otro tipo de interés en una empresa;
- f) un interés derivado de:
  - i. una concesión otorgada con arreglo al Derecho de una Parte o en virtud de un contrato, incluidas las que tengan por finalidad la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales,
  - ii. un contrato llave en mano, de construcción, de producción o de reparto de ingresos;
  - iii. otros contratos similares;
- g) derechos de propiedad intelectual;
- h) otros derechos sobre bienes muebles, materiales o inmateriales, o sobre bienes inmuebles y derechos afines;
- i) derechos dinerarios o a aportaciones monetarias o derechos a prestaciones contractuales.

(...)

Las ganancias que se inviertan serán tratadas como inversiones. Ninguna modificación de la forma en que se inviertan o reinviertan los activos afectará a su clasificación como inversiones”.

Para poder determinar si existe o no una inversión (exterior) en aquellos supuestos en los que el correspondiente acuerdo o capítulo no contiene una definición de dicho concepto (o en los que la que pueda existir no resulte suficientemente clara) y poder diferenciar la misma de otras realidades económicas, la jurisprudencia internacional



utiliza habitualmente el denominado “test Salini”<sup>7</sup>, exigiendo la concurrencia (normalmente simultánea) de los siguientes cuatro elementos para poder entender que la misma existe:

- a) contribución económica efectiva del inversor;
- b) cierta duración del proyecto;
- c) asunción de riesgo operacional; y
- d) contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión.

También en el ámbito internacional el Código de Liberalización de los Movimientos de Capital de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) define las inversiones (exteriores) “directas” como aquellas realizadas con el propósito de establecer vínculos económicos duraderos con una empresa como, en particular, las inversiones que otorgan la posibilidad de ejercer una influencia efectiva en la gestión en el país de que se trate por no residentes o en el extranjero por residentes mediante la creación o ampliación de una empresa de propiedad absoluta, filial o sucursal, o la adquisición de la propiedad total de una empresa existente, la participación en una empresa nueva o existente o un préstamo de cinco años o más<sup>8</sup>.

Y la Definición Marco de la OCDE de Inversión Extranjera Directa señala que “la inversión exterior directa refleja el objetivo de que una empresa residente en un país (el inversor directo) establezca un vínculo duradero en una empresa (la participada) que reside en un país distinto del que corresponde al inversor directo. El vínculo duradero implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversor directo y la participada

---

<sup>7</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, CIADI, Caso Arb./00/4, Decisión sobre jurisdicción de 31 de julio de 2001, parágrafo 52: “*The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition*”. Sobre el test Salini y las controversias que ha generado su aplicación en la práctica vid. GRABOWSKI, A. (2014) “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*, 15, 1, artículo 13, págs. 287-309. Puede accederse en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13> (a. 12/10/2021); o GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y., (2015) “The Long March towards a Jurisprudence Constance on the Notion of Investment”, en KINNEAR, M. et. al. (Eds.), *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID*, ICSID/Wolters Kluwer, págs. 97-125.

<sup>8</sup> OCDE (2020), *OECD Code of Liberalisation of Capital Movements*. Puede consultarse en [www.oecd.org/investment/codes.htm](http://www.oecd.org/investment/codes.htm) (a. 1/6/2021).

y un grado significativo de influencia en la gestión de la empresa. El que un inversor residente en un país sea propietario directa o indirectamente del 10% o más de los derechos de voto de una empresa residente en otro país se considera una prueba de que existe dicho vínculo”<sup>9</sup>.

El crecimiento económico y la liberalización de los movimientos de capitales a nivel global, entre otros factores, han propiciado un sustancial incremento de la inversión extranjera directa<sup>10</sup>, habiendo surgido, además, una creciente “competencia por las inversiones extranjeras”<sup>11</sup> que lleva a los Estados a crear entornos favorables para las mismas<sup>12</sup>.

Los referidos entornos favorables para la inversión están integrados por marcos jurídicos atractivos (que habitualmente contienen medidas de liberalización de determinados sectores económicos y de simplificación administrativa e incentivos y ayudas de todo orden)<sup>13</sup> y otros elementos metajurídicos (como puedan serlo la

---

<sup>9</sup> OCDE (2008), *OECD Benchmark definition of foreign direct investment (Report by the Investment Committee)*, aptdo. 126, pág. 52. Puede consultarse una traducción al castellano de dicho informe en <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/Publicaciones/Historico%20de%20boletines/metodolog%C3%ADa/ManualOCDEPrimeraVersion.pdf> (a. 1/6/2021).

<sup>10</sup> Dicho incremento se ha visto drásticamente reducido como consecuencia de la pandemia provocada por la Covid-19. Como señala la CNUCYD, “la crisis de la COVID-19 provocará una drástica contracción de la IED. Se prevé que los flujos mundiales de IED disminuyan hasta un 40 % en 2020, a partir de su valor de 2019 de 1,54 billones de dólares. De cumplirse esa previsión, el volumen anual de IED se situaría por debajo de 1 billón de dólares por primera vez desde 2005. Las proyecciones apuntan a que la IED se contraerá entre un 5 % y un 10 % más en 2021 e iniciará una recuperación en 2022”. Sobre la evolución de la inversión exterior directa tras la pandemia de Covid-19 vid. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2020), *Informe sobre las inversiones en el mundo 2020. La producción internacional después de la pandemia*, Naciones Unidas, pág. IX. Puede consultarse la versión en castellano en [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020\\_overview\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf) (a. 12/10/2021)

<sup>11</sup> STIGLITZ, J. (1998), “La competencia por las inversiones extranjeras”, *Archivos del presente: Revista latinoamericana de temas internacionales*, Vol. 4, núm. 13, 1998, págs. 37-43.

<sup>12</sup> Como señala la OCDE, la inversión exterior directa “es un elemento clave de ese proceso de integración económica y en rápida evolución al que también se llama globalización. La IED permite crear vínculos directos, estables, y de larga duración entre dos países. Si las medidas de política económica son las adecuadas, puede constituir un instrumento importante para el desarrollo de empresas nacionales, y puede ayudar a mejorar la posición competitiva tanto del país receptor (“de destino”) como del inversor (“de origen”). En concreto, la IED estimula la transferencia de tecnología y “know how” entre países. También proporciona una oportunidad al país de destino, para promocionar sus productos en un ámbito más amplio, en los mercados internacionales. La IED, además de tener un efecto positivo sobre el desarrollo del comercio internacional, constituye una fuente de capitales importante para una amplia gama de países de origen y destino”. OCDE (2008), *OECD Benchmark (...)*, *Op. cit.* aptdo. 11, pág. 17.

<sup>13</sup> Sobre el establecimiento de incentivos para la atracción de la inversión extranjera directa y su impacto sobre el desarrollo, vid. MORAN, T.H, GRAHAM E.M. y BLOMSTROM, M. (Eds.) (2005), *Does foreign direct investment promote development?*, Peterson Institute for International Economics.

estabilidad política y social, la seguridad pública, la adecuada formación de los trabajadores o la existencia de infraestructuras modernas y competitivas).

Dichos marcos jurídicos, obviamente y como se ha indicado previamente, pueden ser derogados o modificados, debiendo el Derecho definir la eficacia que hayan de tener las nuevas normas respecto de las situaciones y las relaciones jurídicas (en este caso, respecto de las inversiones) nacidas con carácter previo a la derogación o modificación de que se trate.

Una de las razones por las que el Derecho regula las inversiones en una economía de mercado es, precisamente, la protección que ha de dispensarse al derecho de propiedad privada frente al ejercicio de la función de regulación por las autoridades que la tengan encomendada.

Y es que cualesquiera inversiones, sean directas o indirectas, económicas o financieras, y, más concretamente, los bienes y derechos en que las mismas consisten son objeto de propiedad privada y, por lo tanto, forman parte del patrimonio del inversor que las realice, pudiendo las mismas verse afectadas por los cambios regulatorios.

Los Estados vienen haciendo frente desde hace años al debate acerca de cómo debe abordar el Derecho el fenómeno del riesgo regulatorio, habiendo adquirido dicho debate nuevas connotaciones como consecuencia de la globalización económica y de la consiguiente eclosión del fenómeno de la inversión extranjera directa y del desarrollo del Derecho internacional de inversiones.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América viene construyendo desde el siglo XIX la doctrina de las *regulatory takings* con la finalidad de diferenciar entre la mera delimitación del derecho de propiedad privada y la expropiación indirecta del mismo.

Por su parte, las modernas constituciones normativas de los estados de derecho, además de reconocer y tutelar tanto derechos de propiedad privada delimitables en función del interés general o social como la correspondiente garantía expropiatoria, incorporaron diversos principios ordinamentales (entre los que destacan la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la prohibición de la retroactividad de determinadas normas, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima) que,

tratándose de la protección de las inversiones, limitan el ejercicio de la función de regulación por los poderes públicos.

En el plano internacional y más allá de la protección que, dentro del territorio comunitario, dispensa el Derecho de la Unión Europea, ha de destacarse la contribución de los sistemas regionales de derechos humanos a la delimitación del derecho de propiedad privada frente a la capacidad de los Estados de regular, la definición por el Derecho internacional consuetudinario del estándar mínimo de trato que debe dispensarse a los inversores extranjeros y, sobre todo, la construcción por el Derecho internacional de inversiones de base convencional y por los tribunales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre Estados e inversores extranjeros de diversos estándares de protección de las inversiones extranjeras frente a decisiones adoptadas por los mismos.

La aplicación de los distintos ordenamientos (nacional, supranacional regional e internacional) que protegen la inversión (nacional o extranjera) frente al ejercicio por los poderes públicos competentes de la función de regulación puede dar lugar a resultados no armoniosos que el presente trabajo pretende identificar.

## II.- LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN

La intervención de los poderes públicos en la economía, además de poder producirse directamente en ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica o mediante la reserva al sector público por ley de recursos o servicios esenciales (art. 128 CE), se articula mediante el ejercicio de la denominada “función de regulación”, es decir, a través del establecimiento de medidas de fomento o de gravamen y, en ocasiones, de prohibición o de limitación del desarrollo por los particulares de determinadas actividades y, sobre todo, de la aprobación, la interpretación y la aplicación, mediante la supervisión y el control continuados, de un marco normativo dirigido a garantizar tanto el interés general como el de los particulares.

La indicada función consiste, por lo tanto, en la ordenación del ejercicio por los particulares de una concreta actividad mediante la aprobación de una determinada regulación y su constante aplicación dirigida a controlar su cumplimiento y, en último término, a verificar la consecución de los objetivos por la misma perseguidos.

Como señala MUÑOZ MACHADO<sup>14</sup> la función pública de regulación debe entenderse “no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores”, afirmando que “en las funciones de regulación y garantía que se reservan a los poderes públicos está la clave del nuevo equilibrio de las relaciones entre el Estado y la sociedad y la delimitación del papel que debe aquel desempeñar en relación con los derechos de los ciudadanos”.

El “riesgo regulatorio”, consiguientemente, es el soportado por las personas titulares de las distintas situaciones y relaciones jurídicas frente al eventual ejercicio de la función de regulación por los órganos que la tienen atribuida, ora directamente (potestades legislativa y reglamentaria), ora indirectamente (potestades ejecutiva y judicial).

---

<sup>14</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, 4ª. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pág. 26. Dicho autor se refiere a una parte influyente de la doctrina alemana que considera que “alrededor de la idea de regulación pueden ordenarse sistemáticamente todas las instituciones que explican las relaciones de la Administración con los ciudadanos, sean económicas o sociales, cualesquiera que sean las formas que revistan. Es decir, explicar el Derecho Administrativo entero”.

Aunque las actividades económicas pueden desarrollarse, en principio, en ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE), siendo su concreta plasmación -la inversión- objeto del derecho de propiedad privada (art. 33 de la Carta Magna), dicha libertad, según ha señalado el Tribunal Constitucional en una copiosa jurisprudencia, no tiene carácter absoluto, comprendiendo no tanto el derecho a acometer cualquier empresa como el de iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial estando su ejercicio disciplinado por normas de muy distinto orden<sup>15</sup>. Igualmente, tampoco tiene carácter absoluto el derecho de propiedad privada, cuyo contenido queda legalmente delimitado por su función social, lo que se entiende sin perjuicio de la necesidad de observar la garantía expropiatoria.

El desarrollo por los particulares de actividades económicas al amparo del principio de libertad de empresa, por lo tanto, debe producirse, como precisa el art. 38 CE, “en el marco de la economía de mercado”<sup>16</sup> y “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”<sup>17</sup> (es decir, en el marco de la denominada

---

<sup>15</sup> En su dimensión subjetiva la libertad de empresa no tiene carácter absoluto e incondicionado (STC 18/2011, de 3 de marzo), si bien el art. 38 CE establece los límites dentro de los que deben moverse los poderes constituidos a la hora de adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico: la reserva de ley y la existencia de un contenido esencial de cada derecho o libertad del que el legislador no puede disponer, contenido esencial que, tratándose de la libertad de empresa, incluye el derecho a iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de junio) lo que conlleva el “reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”. La misma debe ser entendida, como “libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado” (STC 96/2013, de 23 de abril). En su dimensión objetiva e institucional y en cuanto elemento de un determinado sistema económico, la libertad de empresa “se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado” (STC 135/2012, de 19 de junio, por remisión a la STC 227/1993, de 9 de julio). La libertad de empresa debe ejercerse en el marco de la economía de mercado, estando ésta naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica. Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990, de 5 de abril). Aunque la libertad de empresa garantiza el derecho a desarrollar una actividad empresarial en condiciones de igualdad, dicha garantía se predica respecto de cada ordenamiento, estatal o autonómico, individualmente considerado. En consecuencia, del referido derecho “no se deriva la exigencia de que las concretas condiciones de ejercicio de la actividad económica tengan que ser las mismas en todo el territorio nacional” (STC 89/2017, de 4 de julio), sin perjuicio de la eventual decisión del Estado ex art. 149.1.1 CE de fijar aquellas condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

<sup>16</sup> La concurrencia entre empresas y, por ende, la defensa de la competencia constituye un elemento decisivo en la economía de mercado. La misma es un “presupuesto y límite” de la libertad de empresa y en modo alguno una restricción de la libertad económica (STC 71/2012, de 16 de abril).

<sup>17</sup> La referencia a la planificación debe ponerse en relación con lo que dispone el art. 131 CE: “El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades

“Constitución Económica”<sup>18</sup> y de las normas que concretamente la desarrollan), toda vez que, en último término, “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general” (sin perjuicio de la protección que ha de dispensarse al derecho de propiedad privada a través de la garantía expropiatoria), contemplándose tanto la “iniciativa pública en la actividad económica” como la posibilidad de “reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio” y de “acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general” (art. 128 CE)<sup>19</sup>.

El conjunto de las normas, de los instrumentos y de las técnicas de ordenación, de supervisión y de intervención de los diferentes sectores económicos liberalizados constituyen la denominada “regulación económica”<sup>20</sup>.

---

colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

<sup>18</sup> La STC 1/1982, de 28 de enero, se refiere a este concepto al expresar que “en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución Económica”. Sobre el concepto de “Constitución Económica” vid. ALBERTÍ ROVIRA, E. (2004) “La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, pp. 123-159; BASSOLS COMA, M. (1985), *Constitución y sistema económico*, Tecnos; BREWER-CARÍAS, A.R. (1991), “Reflexiones sobre la Constitución económica”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor don Eduardo García de Enterría, Vol. V: Economía y Hacienda*, Civitas; EHMKE, H. (2006), “Economía y Constitución”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5; GARCÍA PELAYO, M. (1980), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial; LÓPEZ GARRIDO, D. (1993), “Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 15; SÁNCHEZ BLANCO, A. (1992), *El sistema económico de la Constitución española*, Civitas.

<sup>19</sup> Vid., por ejemplo, GIMENO FELIÚ, J.M. (1994) “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas” *Revista de Administración Pública*, 135, págs. 149-212.

<sup>20</sup> La cuestión de la regulación económica ha sido objeto de un amplio estudio por la doctrina, debiendo destacarse los trabajos de BARCELONA LLOP, J. (2010), “Aproximación jurídica a los fines, principios y técnicas de la regulación económica”, en ARENILLA SÁEZ, M. (Coord.), *La administración pública entre dos siglos: (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, INAP; DE LA CRUZ FERRER, J. (2002), *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos; GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2006), “La regulación económica como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, págs. 227-254; QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2005), “Estado y mercado en un mundo global”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 25 (monográfico sobre Economía y Hacienda en la Constitución), págs. 55-106; ESTEVE PARDO, J. (2009), “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs.): *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la Regulación*, Iustel, págs. 387-405; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1997), “La regulación económica en España”, en ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA, J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coords.), *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, págs. 185-270; MILLÁN PEREIRA, J.L. (2013), “Regulación económica, competencia e incentivos”, en RUIZ OJEDA, A.L.

La misma, como señala BARCELONA LLOP, no tiene como objetivo referencial único la defensa de la competencia, pues debe asegurar ciertos valores sociales dado que el mercado no garantiza por sí solo principios como los de igualdad, accesibilidad universal, calidad o precio asequible<sup>21</sup>.

En los sectores en los que la ley reserva a los poderes públicos recursos o servicios esenciales (servicios públicos) difícilmente puede hablarse de regulación económica, de sectores regulados o de ejercicio en los mismos de la función de regulación. Se trata de sectores en los que habitualmente (particularmente en caso de monopolio) no existirá competencia en el mercado, pudiendo la que pueda existir serlo por el mercado (en el supuesto de haberse acordado la gestión indirecta de dichos servicios).

A diferencia de la clásica función estatal de policía administrativa, la función de regulación económica afecta de lleno a la configuración del mercado correspondiente y al desarrollo por quienes participen en el mismo de sus actividades empresariales.

Y en la medida en que las circunstancias del correspondiente mercado (los fallos que puedan existir en el mismo) o las exigencias del interés general varían a lo largo del tiempo, su regulación puede hacerlo igualmente, afectando su modificación a quienes participen en el mismo.

En todo caso, la función de regulación se diferencia nítidamente de la de defensa de la competencia encomendada a las correspondientes autoridades (tanto comunitarias como nacionales) debido al carácter esencialmente reactivo de la última. Ésta, salvo en lo relativo al control de concentraciones, está esencialmente destinada a sancionar las conductas infractoras de la normativa de defensa de la competencia. Aquélla, sin embargo, tiene ante todo un carácter preventivo o, incluso, proactivo, estando dirigida, sustancialmente, a fijar las condiciones de acceso de los particulares al correspondiente

---

(Dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, págs. 113-162; MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) (2010), *Derecho de la regulación económica*, Iustel; MUÑOZ MACHADO, S. (2009), “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la Regulación*, Iustel, págs. 15-244; RUIZ OJEDA, A.L. (2011), “La regulación económica y sus eslabones perdidos”, en DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., VILLAR ROJAS, F.J. (Coords.) *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, págs. 1197-1225; RUIZ PALAZUELOS, N. *Regulación económica*, *Op. cit.*; STIGLER, G.J. (1996), “La teoría de la regulación económica”, en BEL I QUERALT, G. (Coord.), *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, págs. 35-60.

<sup>21</sup> BARCELONA LLOP, J., “Aproximación jurídica (...)”, *Op. cit.*, pág. 1303.



mercado o a las infraestructuras o recursos esenciales para competir en el mismo, a prever las condiciones de ejercicio de las actividades correspondientes y el régimen de control, inspección y sanción de las conductas que desborden el marco establecido, pudiendo formar parte del mismo, asimismo, el establecimiento de obligaciones de servicio público y de medidas de fomento de ciertas actividades o de restricción o, incluso, de prohibición de otras para la mejor satisfacción del interés general<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre la distinción entre regulación económica y normas de defensa de la competencia, vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2010), “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 145, págs. 87-111; o SALA ARQUER, J.M. (2011), “Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia”, en DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y, VILLAR ROJAS, F.J. (Coords.), *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, págs. 1227-1238.

## 2.1. El surgimiento de la función de regulación

La regulación de la economía por los poderes públicos no es un fenómeno jurídico en absoluto novedoso, habiendo existido en cada momento histórico -e, indudablemente, desde mucho antes del advenimiento de los estados modernos- normas de ordenación y de intervención administrativa de los sectores socioeconómicos más relevantes<sup>23</sup>.

Tradicionalmente la intervención de los Estados en la economía quedaba circunscrita al ejercicio de la “función de policía”<sup>24</sup>, por una parte, y de la potestad tributaria, por otra, con objeto, respectivamente, de salvaguardar el orden público y determinados intereses generales (p.ej. la seguridad, la salud y la salubridad públicas, la protección del medio ambiente y de determinados recursos naturales, etc.) y de allegar los recursos económicos precisos para hacer posible el funcionamiento regular de las instituciones públicas.

Como señala MUÑOZ MACHADO<sup>25</sup>, antes que de “regulación” en los sistemas continentales europeos se hablaba de “intervención pública en la economía”, siendo el

---

<sup>23</sup> Vid. CASINOS MORA, F.J. (2011), “Intervencionismo económico en la legislación imperial romana del siglo IV: líneas generales”, en FERNÁNDEZ BUJÁN, A., GEREZ KRAEMER, G.M. y MALAVÉ OSUNA, B. (Coords.) *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, Dykinson, págs. 251-273. Durante la Edad Media y buena parte de la Edad Moderna tanto el Derecho local como la auto regulación gremial tuvieron un gran protagonismo de cara a la regulación de la actividad económica, siendo progresivamente sustituidos por el Derecho regio. Vid., por ejemplo, CADIÑANOS BARDECI, I. (2017), “Ordenanzas municipales y gremiales de España en la documentación del Archivo Histórico Nacional”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 24, Ediciones Complutense, págs. 253 y ss.; o LADERO QUESADA, M.A. (1998) “Las Ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII”, *En la España Medieval*, núm. 21, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, págs. 293-337.

<sup>24</sup> GARRIDO FALLA define la “policía administrativa” como “el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”. GARRIDO FALLA, F. (1953), “La evolución del concepto jurídico de policía administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 11, pág. 11.

Liga asimismo dicho autor la “función de policía” a la defensa del orden público conceptuando la misma como “aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados, mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos”. Tratándose el orden público de un concepto evolutivo, entiende dicho autor que la función de policía pasó, antes de comenzar el S XX, de limitarse prácticamente a asegurar la tranquilidad de la calle (policía general o de seguridad) a servir a nuevas intervenciones administrativas derivadas de la ampliación de los fines estatales (policías especiales como la minera, forestal, de aguas o de circulación). GARRIDO FALLA, F. (1959), “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 28, págs. 12 y 13.

<sup>25</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2009), “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, pág. 16.

“Derecho público o administrativo económico”<sup>26</sup> la disciplina jurídica que compendia y ordenaba sistemáticamente el conjunto de las formas que revestía dicha intervención y de las técnicas para hacerla efectiva (entre otras, la previsión de regímenes de autorización o licencia para acceder a determinados mercados, el establecimiento de derechos y obligaciones para quienes actúen en los mismos o la fijación y revisión de precios y tarifas).

Ya desde finales del siglo XIX y para garantizar el acceso por los ciudadanos a determinados bienes y servicios esenciales a precios asequibles (en muchas ocasiones para garantizar el ejercicio por los mismos de derechos constitucionalmente reconocidos) o, simplemente, por así justificarlo el interés general existente en cada momento, el Estado comenzó a intervenir en la economía con mayor intensidad mediante la reserva al sector público y, en su caso, la monopolización de un importante número de servicios y la regulación de la iniciativa privada en los ámbitos no reservados<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> El concepto de “derecho administrativo económico” o de “derecho público económico” mantiene su vigencia en la doctrina, siendo la parte del Derecho administrativo que estudia en la actualidad no solo la intervención pública en la economía sino el derecho de la competencia y los diferentes sectores de la actividad económica objeto de regulación específica. En el anterior sentido vid. ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J.M. (2001), *Principios de derecho público económico: (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, 2ª Ed., Comares; CRUZ FERRER, J. DE LA (1992), *Apuntes de derecho público económico: la intervención pública en la economía y en la empresa*, Dykinson; COSCULLUELA MONTANER, L. (Dir.) (2013), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas; COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2011), *Derecho Público Económico*, Iustel; FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2013), “En recuerdo de la obra del Profesor Sebastián Martín-Retortillo: sus estudios sobre Derecho Administrativo Económico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 34, págs. 52-59; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2007), “Claves del nuevo Derecho administrativo económico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 135, págs. 421-436; GUILLÉN CARAMÉS, J., LAVILLA RUBIRA, J.J. y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J. (2020) *Los nuevos desafíos del derecho público económico: homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer*, Congreso de los Diputados; LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016), *Derecho administrativo económico*, Civitas; MARTÍN MATEO, R. y SOSA WAGNER, F. (1997), *Derecho Administrativo Económico*, Pirámide; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1988), *Derecho administrativo económico*, Wolters Kluwer; RIVERO ORTEGA, R. (2018), *Derecho Administrativo Económico*, 8ª Ed., Marcial Pons; RUIZ PALAZUELOS, N. (2020), “Las transformaciones del derecho Público económico y los interrogantes que plantea (elementos para un viejo debate)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 203, págs. 119-138; VILA MIRANDA, M.C. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.E. (1987), *Derecho administrativo económico*, UNED.

<sup>27</sup> Por ejemplo, la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 (Gaceta de Madrid núm. 277, de 4 de octubre) consideró de la exclusiva competencia de los ayuntamientos el “establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad o higiene del vecindario, fomento de sus intereses materiales, y morales y seguridad de las personas y propiedades”. Por su parte, el Estatuto Municipal aprobado por Real Decreto de 8 de marzo de 1924 (Gaceta de Madrid núm. 69, de 9 de marzo) atribuyó a dichas entidades locales competencia sobre diversos objetos (como el “abastecimiento de aguas y destino de las residuales”, los “cementerios, enterramientos, preservación o extirpación de epidemias o contagios, limpieza, higiene, desecación de lagunas o pantanos”, el “alumbrado público y suministro al vecindario de luz, calor o fuerza motriz”, la “policía de subsistencias, mataderos, alhóndigas, mercados, despachos reguladores, laboratorios” o la “policía de vigilancia y seguridad, para ordenar el uso comunal de la vía pública, y para proteger personas y cosas, en construcciones, talleres, fábricas, canteras, muelles, transportes, fondas, tabernas, posadas, casinos, cafés, circos, teatros, romerías, fiestas y demás

En España la intervención pública en la economía alcanzó su cénit tras la Guerra Civil, estando la misma fundamentada tanto en la necesidad de reconstruir un país devastado por el conflicto bélico como en la instauración de un régimen autárquico tras su conclusión.

La Ley de 24 de octubre de 1939, de protección a las nuevas industrias de interés nacional, tras aludir a la “capital importancia que para la vida de la Nación tiene el contar en el territorio patrio con las industrias necesarias a la guerra y las primeras materias indispensables a su vida” o a la situación de la economía que exige “esfuerzos considerables para redimir a España de la importación de productos exóticos, capaces de producirse o manufacturarse en el área de nuestra Nación”, contempló la posibilidad de declarar una industria de “interés nacional”, por Decreto y previo concurso para su concesión, cuando las necesidades de la defensa o de la economía nacionales aconsejaron su establecimiento en España, teniendo asociada la declaración el disfrute por la industria de una serie de beneficios legales y tributarios de carácter máximo a cambio de la intervención del Estado en su implantación y marcha mediante la designación de un interventor y de un consejero-delegado con facultades suspensivas. Se previó asimismo la posibilidad de que la empresa correspondiente renunciara a los beneficios una vez asegurada su estabilidad y marcha económica, quedando liberada de la intervención estatal desde el momento de la renuncia, teniendo los mismos una duración máxima de quince años, sin perjuicio de preverse la posibilidad de prórroga de no resultar suficientes los rendimientos para la marcha económica normal de la industria. Por último, la Ley previó que los expresados beneficios pudieran concederse no solo a nuevas industrias sino también a las ya existentes y cuya ampliación resultara conveniente, previa valoración de sus instalaciones.

---

lugares de reunión abiertos al público”). Por supuesto, se previó que la competencia municipal no debía ser obstáculo para la de los “institutos y servicios análogos dependientes del Estado, de las Regiones o de las Provincias”. El Real Decreto de 12 de abril de 1924 (Gaceta de Madrid núm. 106, de 15 de abril) atribuyó claramente la condición de servicio público al suministro domiciliario de agua potable, gas y electricidad. Así, su art. 1 señala que “se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución correspondiendo al Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria la reglamentación de tales servicios para garantía de la seguridad e intereses públicos, sin perjuicio de las demás intervenciones que puedan corresponder a otros Departamentos, a las Provincias y al Municipio sobre las concesiones y contratos administrativos”, quedando todas las empresas “obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite, en tanto tenga medios técnicos para ello” (art. 2). Además, “el suministro se efectuará precisamente a los precios fijados en tarifas aprobadas por la Administración pública” (art. 3).

Por su parte, la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria nacional, constituyó el paradigma del intervencionismo administrativo en la economía. La misma puso las bases para “crear una economía industrial española grande y próspera, liberada de la dependencia extranjera”, combinando medidas de protección con preceptos legales “que ordenen, defiendan, orienten y disciplinen la producción dentro de un plan orgánico de amplia tutela estatal que abarque todos los aspectos técnicos y económicos del fomento y progreso de la industria nacional”. La Ley consideró a la industria como “parte integrante del Patrimonio Nacional y subordinada al interés supremo de la Nación”. Tras reputar “industria” toda actividad económica desarrollada con la finalidad de generar, transportar, transformar, distribuir y aplicar la energía mecánica, química, eléctrica o térmica, de obtener productos mediante operaciones manufactureras o fabriles que tengan por base procedimientos mecánicos, químicos, eléctricos o mixtos, o la prestación de servicios de utilización pública basados en alguna de las anteriores industrias, la Ley supeditó la instalación de nuevas industrias o el traslado o la ampliación de las existentes a la previa obtención de resolución favorable del Ministerio de Industria y Comercio, al que le encomendó fijar los trámites y normas a seguir en función de las necesidades nacionales. Igualmente, encomendó a dicho Ministerio el otorgamiento de las concesiones necesarias para las instalaciones industriales y la regulación de la inspección de las condiciones de seguridad y de garantía que fijen los reglamentos. Asimismo, facultó al Estado para, de resultar necesario, fijar condiciones de producción y rendimiento, para, en casos de monopolio en el mercado interior, establecer las condiciones de venta de determinados artículos, o para inspeccionar la verdadera situación económica de las empresas industriales que no estén en condiciones de sostener el precio de productos sometidos a tasa, pudiendo ordenar el mantenimiento de dicho precio y, en su caso, proceder a la intervención de aquéllas.

Posteriormente, la Ley de 25 de noviembre de 1941, por la que se crea el Instituto Nacional de Industria, dio un paso más. La misma constató la necesidad de vigorizar una economía fuertemente afectada por una balanza de pagos adversa y la insuficiencia de la iniciativa particular para hacer frente a las inversiones que requiere la fabricación de ciertos productos o el moderado margen de beneficios asociado a determinadas actividades, que no ofrece incentivo a los organismos financieros y hacen que el ahorro español se desvíe hacia otras actividades. Con la finalidad de imprimir un ritmo más acelerado a la creación de nuevas industrias o a la multiplicación de las existentes la Ley

creó el Instituto Nacional de Industria (INI) como entidad de Derecho público dedicada a la constitución o a la adquisición de empresas para el “resurgimiento industrial de España”<sup>28</sup>.

Con la creación del Instituto Nacional de Industria se implantó un modelo de iniciativa pública en la actividad económica basado inicialmente en el principio de subsidiariedad, previéndose que su actuación quedara circunscrita a aquellos sectores en los que no existía iniciativa privada o en los que la misma resultaba insuficiente.

Sin embargo, dicho modelo inicial se combinó posteriormente con la nacionalización de empresas privadas no rentables, contribuyendo ello a un espectacular crecimiento del sector público empresarial en España.

Junto con la creación de empresas públicas o la intervención en la constitución y en el funcionamiento de empresas privadas, el Estado aprobó un gran número de medidas de fomento de la actividad empresarial privada en determinados sectores económicos, tanto de carácter tributario (exenciones, bonificaciones) como no tributario (subvenciones y ayudas, créditos, avales u otro tipo de garantías).

El anterior proceso de intervención pública en la economía se vio acompañado, además, de una creciente participación del Estado en la gestión directa de diversos servicios públicos sociales con contenido económico (p.ej. servicios educativos o sanitarios).

La dinámica expuesta se revirtió con meridiana claridad, al menos en cuanto a la intervención del Estado en los sectores económicos más relevantes, tras la promulgación de la Constitución de 1978 (que consagra la libertad de empresa) y, sobre todo, tras el ingreso de nuestro país en la entonces Comunidad Económica Europea (cuyo tratado constitutivo -el Tratado de Roma- proclama las denominadas “libertades fundamentales”), procediéndose desde dicho momento, en buena medida con ocasión o como consecuencia de la incorporación de diversas directivas comunitarias tendentes a

---

<sup>28</sup> Sobre el Instituto Nacional de Industria, vid. MARTÍN ACEÑA, P. (2013), “La política industrial española entre 1941 y 1991: cincuenta años de historia del Instituto Nacional de Industria”, en LUCENA BETRIU, M y REPULLO, R. (Coords.), *Ensayos sobre economía y política económica: Homenaje a Julio Segura*, págs. 21-42; SCHWARTZ, P. y GONZÁLEZ, M.J. (1978), *Una historia del Instituto Nacional de Industria: (1941-1976)*, Tecnos.

reforzar el mercado interior<sup>29</sup> o por así exigirlo las libertades comunitarias, a liberalizar una parte sustancial de dichos sectores, a privatizar la mayor parte de las compañías hasta entonces integrantes del sector público estatal y a restringir la utilización de las ayudas y subvenciones como medidas de fomento de la actividad económica.

Las expresadas liberalización y privatización vinieron precedidas de diversas reestructuraciones del Instituto Nacional de Industria.

Así, en primer lugar, tanto la crisis energética de finales de los años setenta del pasado siglo como la necesidad de coordinar la gestión de un importante sector económico como el de los hidrocarburos aconsejaron segregar del Instituto Nacional de Industria las participaciones accionariales que el mismo ostentaba en varias entidades mercantiles que operaban en el indicado sector. Dicha segregación se llevó a cabo mediante la Ley 45/1981, de 28 de diciembre, que dio lugar al nacimiento del Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH) -antecedente inmediato de la mercantil Repsol, S.A.,

---

<sup>29</sup> Aunque en buena medida sustituidas por leyes posteriores, el primer impulso liberalizador vino determinado a) en el sector eléctrico por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que incorpora la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; b) en el sector gasista por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que incorpora los principios contenidos en la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a normas comunes para el mercado interior del gas natural; c) en el sector de las telecomunicaciones, por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que incorpora las Directivas 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones, mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, la Directiva 97/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la inicialmente citada y la 92/44/CEE para su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones, la Directiva 92/44/CEE, del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas alquiladas, la Directiva 95/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal, la Directiva 96/19/CE, de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, la Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las redes de telecomunicaciones, para garantizar el servicio universal y la interoperabilidad, mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) y la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad; d) en el sector postal, por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que incorpora la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio; o e) en el sector ferroviario, por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que incorpora las Directivas 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, modificada por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, la Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, modificada por la Directiva 2001/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001.

ulteriormente privatizada- como entidad de Derecho público tenedora de dichas participaciones accionariales.

Por su parte, el art. 123 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, reordenó las restantes participaciones accionariales de las que el Instituto Nacional de Industria era titular, diferenciando entre las correspondientes a sociedades susceptibles de ser gestionadas mediante criterios empresariales y las relativas a mercantiles sujetas en su actuación a un régimen especial derivado de su particular situación. A tal fin se segregaron del Instituto y se aportaron a Teneo, S.A., sociedad participada por el mismo aunque desvinculada de los Presupuestos Generales del Estado, las participaciones accionariales del primero en sociedades que, por exigencias del mercado único europeo, debían desarrollar sus actividades en régimen de libre competencia, manteniendo aquél la participación directa en sociedades sujetas a planes de reestructuración o de reconversión o que desarrollaban actividades específicamente reguladas por la Comunidad Económica Europea.

La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, diferenció las empresas con participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 y controladas por el mismo en función de si prestaban o no “servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales”, desarrollaban o no “actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control” o estaban “exentas o no de la libre competencia” en los términos del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 1). La anterior distinción, al margen de servir para aplicar un específico régimen de autorización administrativa previa de determinados actos (esencialmente los de reducción del control estatal) contemplado en la propia Ley, puso de manifiesto la necesidad de que una política de privatizaciones garantizara suficientemente el “interés público”. Como señala la exposición de motivos de la Ley, “cuando, desde el punto de vista del interés público la presencia pública en dichas entidades se explica exclusivamente en la habilitación constitucional para la iniciativa económica, la ejecución de dicha política no presenta problemas jurídicos relevantes”. Sin embargo, “no sucede lo mismo cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público” dado que, “en este caso, se plantearía inmediatamente el problema de la garantía



suficiente del interés público, hasta entonces no exigida por encontrarse cubierta por la propiedad pública, total o parcial, de la correspondiente empresa”<sup>30</sup>.

La Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, adaptó el régimen del Instituto Nacional de Industria al nuevo modelo de intervención pública en la economía surgido de la Constitución (art. 128) y a las exigencias de mejora de la gestión y adaptación a un entorno más competitivo derivadas de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea.

En el anterior sentido, la Ley procedió a reordenar las participaciones industriales tanto del Instituto Nacional de Industria como del Instituto Nacional de Hidrocarburos (institutos ambos que quedaron suprimidos tras su entrada en vigor) utilizando, en vez de un criterio sectorial, otro basado en el marco jurídico aplicable a las empresas públicas.

A tal efecto, se crearon dos nuevas entidades de Derecho público, la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), agrupando la primera las participaciones públicas del Instituto Nacional de Industria o del Instituto Nacional de Hidrocarburos en entidades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial, así como a regímenes especiales derivados de su particular situación, y la segunda las participaciones accionariales titularidad de dichas Entidades en las restantes sociedades mercantiles.

Además de la desvinculación de los Presupuestos Generales del Estado de las sociedades mercantiles transferidas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y de la amortización acelerada de la deuda contraída por el Instituto Nacional de Industria mediante la asignación de los recursos obtenidos por aquella entidad a dicha finalidad, la Ley 5/1996 prohibió a la Agencia Industrial del Estado incurrir en nuevo endeudamiento y contempló la posibilidad de que las empresas a la misma adscritas fueran transferidas a la Sociedad cuando garantizaran de manera estable su viabilidad.

Con la anterior reordenación accionarial del sector público estatal se sentaron las bases para la ulterior privatización de las empresas de titularidad del Estado o participadas

---

<sup>30</sup> En virtud del régimen contemplado en la Ley 5/1995 se aprobaron los diversos Reales Decretos de autorización administrativa previa de enajenación de participaciones accionariales estatales en Repsol, S.A. (Real Decreto de 15 de enero de 1996), Corporación Bancaria de España, S.A. (Real Decreto de 16 de enero de 1998), Tabacalera, S.A. (Real Decreto de 2 de abril de 1998), Indra Sistemas, S.A. (Real Decreto de 18 de marzo de 1999) o Endesa, S.A. (Real Decreto de 14 de mayo de 1998).

por el mismo y la introducción de competencia en numerosos sectores económicos, constituyendo el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, una de sus primeras manifestaciones<sup>31</sup>.

Los procesos de “privatización”<sup>32</sup> de empresas públicas que operaban en sectores económicos esenciales y de “liberalización” de los mismos pronto pusieron de manifiesto la presencia de muy diversos obstáculos para la libre competencia recién declarada (p.ej. la necesidad de acceder a ciertas infraestructuras e instalaciones esenciales propiedad de los operadores incumbentes), la existencia de determinadas actividades que constituían “monopolios naturales”<sup>33</sup> (p.ej. el transporte o la distribución de electricidad o de gas), o

---

<sup>31</sup> Sobre la liberalización de diversos sectores económicos y la transición del servicio público a la competencia en España, vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2005) *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*. INAP-Marcial Pons. Dicho autor alude a diversos problemas que habitualmente plantea la liberalización de un sector económico como la apertura tras la misma de una “etapa transitoria donde la actitud de los poderes públicos es intensa y beligerante con el fin de permitir la competencia en condiciones de igualdad entre los antiguos gestores y los nuevos operadores”, el “cómo compatibilizar la satisfacción de determinadas necesidades colectivas no rentables con un régimen de libre mercado”, o el determinar si los operadores históricos “tienen derecho a percibir una compensación por el cambio de regulación”. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. *op. cit.* pág. 18.

<sup>32</sup> El “fenómeno privatizador”, como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, resulta confuso y no tiene un único sentido al manifestarse a través de distintas formas que caracterizan los distintos mercados herederos de los servicios públicos correspondientes. Para dicho autor, por privatización “material” o “auténtica”, en línea con lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado, debe entenderse la consistente en la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio siempre que la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate. Dicha privatización se diferencia de la “formal” (que implica, simplemente, sujetar al Derecho privado la actividad desarrollada previamente por una determinada entidad en régimen de Derecho público, dejando las funciones estrictamente públicas al margen de la privatización), de la “funcional” (que resulta de la recalificación de determinados servicios públicos como servicios de interés general que permitan imponer a los operadores que los presten obligaciones de servicio público o, incluso, como servicios completamente liberalizados), de la privatización mediante “concesión” (que permite la construcción y explotación de obras y la gestión indirecta de servicios de titularidad públicos) y la privatización “indirecta mediante colaboración” (con la externalización de determinadas actividades previamente realizadas por la Administración). GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2001), “El concepto y las formas de privatización”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº 7, págs. 77-102.

<sup>33</sup> El reconocimiento de la existencia de monopolios naturales es habitual en mercados de servicios que deben prestarse mediante el uso de infraestructuras cuya duplicación carezca de sentido económico. Para hacer frente a este tipo de situaciones los poderes públicos pueden desde inhibirse absolutamente, dejando que el monopolista fije libremente la cantidad producida y su precio, hasta nacionalizar la actividad que constituya el monopolio, supuesto en el que la cantidad producida y su precio pueden no responder a políticas maximizadoras de beneficios atendida la posibilidad de que la empresa que deba construir y explotar las correspondientes infraestructuras vea cubiertas sus pérdidas con ingresos fiscales. Como solución intermedia figura la regulación del monopolio natural, en la que se mantiene la propiedad privada de los activos regulando tanto la cantidad y la calidad de la producción como su precio. Esta es la alternativa por la que ha optado el legislador español (y el comunitario) a la hora de regular determinadas actividades como el transporte y la distribución de electricidad o de hidrocarburos líquidos y gaseosos. Dicha alternativa tiene, además, reflejo en sede contractual en ámbitos como la gestión del ciclo integral del agua y, en

la necesidad de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios y, en último término, el interés general.

Los anteriores factores impidieron dejar en manos de las fuerzas del mercado el funcionamiento de los sectores recién liberalizados, resultando imprescindible la aprobación de normas y el establecimiento de mecanismos de intervención administrativa diversos, la previsión de regímenes de derechos y de obligaciones para quienes actuaran en el mercado (teniendo la correspondiente regulación, en muchas ocasiones, carácter asimétrico) y la fijación de determinadas “obligaciones de servicio público” susceptibles de ser impuestas a todas, algunas o alguna de las empresas participantes en el mismo<sup>34</sup>.

Como indica MUÑOZ MACHADO, la provisión de bienes y de servicios a los ciudadanos en dichos sectores económicos dejó de depender de los planes de la Administración, de la elección discrecional por su parte de las misiones prevalentes a cumplir por el sector público o de sus opciones sobre la aplicación de los recursos públicos. Dicha provisión pasó a depender del correcto comportamiento de las empresas privadas encargadas de desarrollar actividades de utilidad pública. Como consecuencia de lo anterior, el Estado dejó de ser el “prestador y asegurador directo del funcionamiento

---

general, la construcción y explotación de todo tipo de infraestructuras públicas. Sobre esta cuestión vid. ORDÓÑEZ DE HARO, M.A. (2002), “La regulación económica: el problema del Monopolio Natural”, en *Cuadernos de ciencias económicas y empresariales. Papeles de trabajo*, núm. 27; RUIZ PALAZUELOS, N. (2018), *Regulación económica y Estado de Derecho*. Tirant lo Blanch.

<sup>34</sup> La noción de “obligaciones de servicio público” está ineludiblemente vinculada a la de “servicios de interés económico general” empleada por el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, el Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM/2003/0270 final) define los mismos como “aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general” (apdo. 17). Las “obligaciones de servicio público”, por su parte, son “obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo, en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía” (apdo. 20), aludiendo el Libro Verde a diversos elementos que tienen esa condición (apdo. 49): el “servicio universal”, la “continuidad”, la “calidad del servicio”, la “asequibilidad” y la “protección de los usuarios y los consumidores”. Acerca del sentido y concreto alcance de las obligaciones de servicio público en diversos sectores vid. BLANQUER CRIADO, D.V. (2014), “El transporte de viajeros por carretera: servicio económico de interés general y libertad de empresa; las obligaciones de servicio público”, en MENÉNDEZ GARCÍA, P. (Coord.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril. Tomo. I / coordinado por BERMEJO VERA, J.*, págs. 691-750; CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2020), “El bono social eléctrico ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J., y IBLER, M. (Coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, págs.149-190; CARLÓN RUIZ, M. (2015), “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) y DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Dir.), *Derecho de las telecomunicaciones: adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, 2015; GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2010), *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Iustel; MONTERO PASCUAL, J.J. (Coord.) (2009), *Financiación de las obligaciones de servicio público: ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, UNED, Tirant lo Blanch.

y la calidad de los servicios” para asumir la condición de “garante” de los mismos (*Gewahrlistung-staad*), de ente “vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia (de la que se espera que por sí misma provea los bienes y servicios necesarios) y cumplan las misiones de servicio público que se les confíen”<sup>35</sup>.

Tanto la existencia de fallos de mercado (como consecuencia bien de la falta misma del mercado, bien de la presencia en él de operadores con posición de dominio, bien de la generación de externalidades o bien de la existencia de asimetrías o de falta de transparencia en el acceso a la información precisa para la toma eficiente de decisiones por los distintos actores partícipes en el mismo) como la necesidad de conjugar los intereses de quienes en él participan con el interés general han hecho que el Estado haya dejado de intervenir en la economía como empresario (o, al menos, únicamente como empresario, toda vez que sigue proveyendo en muchos ámbitos servicios tanto sociales como, en menor medida, económicos) para hacerlo, fundamentalmente, como “regulador” de la economía y en ejercicio de la “función de regulación”.

---

<sup>35</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos (...)”. *Op cit.* pág. 18.

## **2.2. La función de regulación y el establecimiento del marco regulatorio. La creciente relevancia de los principios de buena regulación.**

El ejercicio de la función de regulación exige, en primer lugar, el establecimiento de un concreto marco regulatorio por los poderes públicos que tengan constitucionalmente atribuidas las competencias para ello.

En el sistema constitucional español las competencias normativas (legales o reglamentarias) corresponden bien al Estado, bien a las comunidades autónomas (competencias exclusivas), bien a ambos (competencias compartidas), todo ello en función de lo que resulte del bloque de la constitucionalidad<sup>36</sup>.

Respecto de la competencia normativa (de naturaleza reglamentaria) de las entidades locales, la Constitución no reserva a las mismas ámbito concreto alguno en el que puedan ejercitarla, distribuyendo entre el Estado (competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las comunidades autónomas (competencias atribuidas por los estatutos de autonomía y por las leyes previstas en los aptdos. 1 y 2 del art. 150 CE) la totalidad de las materias susceptibles de regulación, de forma que, sin perjuicio de la autonomía local garantizada por los arts. 137, 140 y 141 CE<sup>37</sup>, corresponde a ambos, en el marco de sus respectivas atribuciones, regular y atribuir las competencias de las entidades locales.

Como señala el Tribunal Constitucional, la garantía de la autonomía local impone a las leyes del Estado y de las comunidades autónomas el deber de “asegurar que los municipios tengan competencias «propias» en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal”<sup>38</sup>, si bien la protección de dicha garantía “obliga solo a «asegurar el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración»”, tratándose de que “el legislador gradúe el alcance o

---

<sup>36</sup> Sobre la noción de bloque de la constitucionalidad, vid. GARCÍA ROCA, F.J. (2004), “Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 294-295, págs. 13-66; REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1998), “Bloque constitucional y Comunidades Autónomas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 22 (ejemplar extraordinario dedicado a las perspectivas del Estado Autonómico), págs. 117-142; RUBIO LLORENTE, F. (1989), “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, núm. 27, págs. 9-38.

<sup>37</sup> STC 214/1989, de 21 de diciembre, F.J. 3º a).

<sup>38</sup> STC 4/1981, de 2 de febrero, F.J. 3º.

intensidad de la intervención local “en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”<sup>39</sup>.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como indica el propio Tribunal, “el art. 149.1.18 CE ampara una regulación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico”, de forma que “a la hora de asignar o suprimir competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la Comunidad Autónoma debe respetar las bases del régimen local (SSTC 214/1989, FJ 3 a), 159/2001, FJ 4, 121/2012, de 5 de junio, FJ 7), además de la garantía constitucional de la autonomía local y la regulación que a este respecto pueda eventualmente incluir su propio Estatuto de Autonomía, salvo que fuera incompatible con aquellas bases (SSTC 31/2010, FJ 36; 103/2013, FJ 4)”<sup>40</sup>.

Los poderes públicos, en todo lo relativo al establecimiento del concreto marco regulatorio de una determinada actividad económica, no están, en principio, sujetos a más límites que los que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), ordenamiento del que también forman parte los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España (art. 96.1 CE y art. 1.5 CC) y, por ende, el Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado.

Las administraciones públicas que tienen encomendado en cada caso el ejercicio de la función de regulación han de orientar el mismo a la consecución del “interés general” (pues así lo exige el art. 103.1 CE, que establece que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales”), si bien su margen de actuación, cuando se trata de optar entre regular o no una determinada actividad económica y entre hacerlo en uno u otro sentido, es relativamente amplio y, en general, responde a criterios de oportunidad.

El creciente peso que la regulación económica ha ido adquiriendo en las sociedades contemporáneas y su notable incidencia, positiva o negativa, sobre el funcionamiento de los distintos mercados, han generado un intenso debate público, ligado a la idea de “buen gobierno”<sup>41</sup>, acerca de la necesidad de que en el ejercicio de la función de regulación, en

---

<sup>39</sup> STC 154/2015, de 9 de julio, F.J. 6º a).

<sup>40</sup> STC 41/2016, de 3 de marzo, F.J. 10º.

<sup>41</sup> Vid. VILLORIA MENDIETA, M. (2017) “El buen gobierno”, en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, págs. 126-162.

lo que a la aprobación de los concretos marcos regulatorios se refiere, los poderes públicos se ajusten a determinadas exigencias o parámetros preestablecidos por el ordenamiento jurídico.

Si bien la calidad de un concreto marco regulatorio no es el único elemento significativo para lograr incrementar la competitividad de una economía<sup>42</sup>, buena parte de los programas de gobierno incluyen en la actualidad la “mejora de la regulación” (*better regulation*)<sup>43</sup> como herramienta dirigida a facilitar las actividades económicas y a evitar la imposición de trabas innecesarias a quienes las desarrollan.

La OCDE fue, desde los años noventa del pasado siglo, la primera organización internacional en resaltar la relevancia que la “calidad de la regulación” tiene para el correcto funcionamiento de una economía de mercado<sup>44</sup>.

Dicha Organización, tras constatar los relevantes fallos en materia de gobernanza y de regulación puestos al descubierto por la crisis financiera y económica global de 2007-2008, ha continuado insistiendo en la importancia de establecer marcos regulatorios nacionales eficaces que permitan sentar las bases de mercados transparentes y eficientes para hacer posible la recuperación de la confianza y el restablecimiento del crecimiento.

En el anterior sentido, en la denominada “Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria”<sup>45</sup>, aprobada por dicho órgano el 22 de marzo de 2012, se contienen las siguientes recomendaciones para los países miembros de la OCDE:

- Comprometerse al más alto nivel con una política de gobierno expresa e integral enfocada hacia la calidad regulatoria, política cuyos beneficios

---

<sup>42</sup> LYNCH-FANNON, I. (2009), “Legislative Policy, Law and Competitiveness: A Mysterious and difficult relationship”, *European Law Journal*, vol. 15, núm. 1, págs. 98-120.

<sup>43</sup> Vid. GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2017) ““Better and smart regulation”: Los principios de la buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público”, en LAGUNA DE PAZ, J.C., SANZ RUBIALES, I., DE LOS MOZOS TOUYA, I. (Coords.) *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz* Vol. 1, Tomo 1 (El ser de la Administración Pública), págs. 451-470.

<sup>44</sup> Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental [C(95)21/FINAL], incluida la Lista de Criterios de Referencia de la OCDE para la Toma de Decisiones Regulatorias; Informe de la OCDE sobre Reforma Regulatoria de 1997 [C/MIN(97)10 (resumen) y C/MIN(97)10/ADD], Principios Rectores para la Calidad y el Desempeño Regulatorio de 2005 [C(2005)52 y CORR1], Lista Integrada APEC-OCDE sobre Reforma Regulatoria [SG/SGR(2005)4] y Recomendación del Consejo para Evaluar la Competencia [C(2009)130];

<sup>45</sup> <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf> (a 27/05/2021) C(2012)37

económicos, sociales y medioambientales deben justificar sus costes, considerar los efectos distributivos y maximizar los beneficios netos.

- Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio para asegurar que la regulación sirva al interés público y tome en cuenta las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta, implicando lo anterior el ofrecer al público oportunidades significativas para que haga contribuciones, incluso en línea, durante el proceso de preparación de borradores de propuestas regulatorias y del análisis de apoyo.

- Asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones.

- Establecer mecanismos e instituciones que permitan supervisar activamente los procedimientos y los objetivos de la política regulatoria y fomentar la calidad de la regulación.

- Integrar la “Evaluación de Impacto Regulatorio” (“EIR”) en las primeras etapas del proceso de diseño de las políticas públicas de formulación de proyectos regulatorios nuevos, identificando claramente las metas de política pública, evaluando si la regulación es necesaria y cuál es la manera más efectiva y eficiente de alcanzar dichas metas y tomando en consideración las distintas alternativas y la retribución de los diversos enfoques analizados para identificar el mejor.

- Revisar sistemáticamente la regulación significativa vigente a la luz de objetivos de política pública claramente definidos, incluido el análisis coste-beneficio, a fin de asegurar su actualización, la justificación de sus costes, su rentabilidad y consistencia y el cumplimiento de dichos objetivos.

- Publicar periódicamente informes acerca de la aplicación de la política regulatoria y los programas de reforma, así como de las autoridades públicas responsables de dicha aplicación. Dichos informes también deben contemplar información acerca de cómo funcionan en la práctica herramientas como la EIR, la consulta pública o la revisión de la regulación existente.

- Desarrollar una política congruente que contemple el papel y las funciones de las entidades regulatorias con la finalidad de infundir mayor confianza en que las decisiones en cuestiones regulatorias se adoptarán con fundamento en criterios objetivos, imparciales y coherentes, sin conflictos de interés, prejuicios ni influencias indebidas.

- Asegurar la efectividad de los sistemas de revisión de la conformidad a Derecho tanto de las regulaciones como de las decisiones adoptadas por los órganos competentes para imponer sanciones en el ámbito regulatorio, garantizando tanto el acceso de las personas y de las empresas a los sistemas



de revisión a un coste razonable como el oportuno conocimiento de las decisiones adoptadas.

- Aplicar, cuando se considere oportuno, políticas de evaluación, de gestión y de comunicación de riesgos en el diseño y la implementación de las regulaciones para asegurar su adecuada orientación y efectividad. Los reguladores deben evaluar la forma de aplicar las regulaciones y diseñar estrategias específicas de implementación y de aplicación cuando la situación lo requiera.

- Promover, de resultar preciso, la “coherencia regulatoria” a través de mecanismos de coordinación entre los distintos niveles de gobierno (supraestatal, estatal e infraestatal), identificando los problemas transversales en materia de regulación en todos los órdenes de gobierno, con el objeto de promover la coherencia entre los enfoques regulatorios y evitar la duplicidad o el conflicto de regulaciones.

- Impulsar el desarrollo de capacidades y el desempeño de la gestión regulatoria en los órdenes infraestatales de gobierno.

- Tomar en cuenta, al desarrollar medidas regulatorias, todos los estándares y los marcos internacionales de cooperación pertinentes en materia de regulación y, cuando resulte necesario, los probables efectos que la regulación tenga sobre terceros fuera de la jurisdicción.

La OCDE realiza periódicamente un análisis del cumplimiento por los Estados miembros de los denominados “Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria (iREG)”, que miden el progreso de aquéllos en la implementación de las prácticas de política regulatoria contenidas en la Recomendación de 2012 sobre Política y Gobernanza Regulatoria, cubriendo particularmente todo lo relativo a la involucración de las partes interesadas en el proceso de elaboración de la regulación, la evaluación del impacto regulatorio de la misma y su evaluación *ex post*<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Vid. SCHULTZ, R., ARNDT-BASCLE, C., DAVIDSON, O., y GERLOFF, B. (2019), “Better indicators for better regulation: the OECD iREG experience”, *Información Comercial Española*, Núm. 907 (monográfico sobre *La mejora de la regulación*) <https://doi.org/10.32796/ice.2019.907.6806> (a. 1/6/2021), págs. 51 y ss.

En dicho documento figura el resultado del análisis del cumplimiento de los indicadores realizado en 2018, poniendo los mismos de manifiesto (pág. 52) la importancia de una buena política regulatoria para garantizar la efectividad de la regulación: “*Regulatory policy is the key towards effective regulation. Together with taxation and spending programmes, regulation is one of government’s key instruments to promote economic growth, enhance social welfare, ensure inclusiveness, protect the environment, respond to new technological challenges and increase the overall quality of life. Especially in times of disruptive technological change that transforms all facets of everyday life and economic activity, regulatory reform now more than ever represents a critical tool to ensure that regulation remains fit for purpose to drive innovation and foster economic and social well-being. Regulatory policy covers the processes and*

En el ámbito de la Unión Europea la preocupación por el adecuado ejercicio de la función de regulación y, concretamente, por la evitación de los excesos regulatorios y la limitación de la regulación a la estrictamente imprescindible, es una constante desde hace décadas.

Prueba de dicha preocupación la constituyen algunas iniciativas legislativas que la han puesto en práctica. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Dicha norma adoptó un enfoque de “mejora de la regulación” y, allí donde resulte posible, de “desregulación”, señalando al efecto (considerando 7) que la Directiva

“establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación. Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto de las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios, operación que es indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios”.

En todo caso, la preocupación comunitaria por la mejora de la regulación no se ha circunscrito únicamente al ejercicio a futuro de la potestad legislativa propia de la Unión Europea sino que constituye un principio general director del conjunto de la legislación comunitaria.

A dicho principio se refiere, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012 sobre el denominado *EU Regulatory Fitness*<sup>47</sup>.

Dicha Comunicación, tras referirse a las llamadas del Consejo Europeo para realizar esfuerzos adicionales dirigidos a reducir las cargas regulatorias tanto a nivel comunitario como nacional, alude al lanzamiento del *Regulatory Fitness and Performance*

---

*institutions in place for designing, implementing and evaluating regulation to enhance their effectiveness and efficiency and ensure they are in the public interest”.*

<sup>47</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *EU Regulatory Fitness*. COM (2012) 746 Final, de 12 de diciembre de 2012.

*Programme (REFIT)* como programa dirigido a eliminar los costes regulatorios innecesarios y a asegurar que la legislación comunitaria sea la estrictamente indispensable para la consecución de sus objetivos. La finalidad del citado programa es convertir el Derecho comunitario en un instrumento aún más eficaz y eficiente para la consecución de los correspondientes objetivos políticos, acreditando de forma nítida su valor añadido, proporcionando el máximo beneficio al menor coste y respetando los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, de forma que el resultado final sea un marco regulatorio simple, claro, estable y predecible para los empresarios, los trabajadores y los ciudadanos. A tal efecto, se han establecido diversos mecanismos para la consecución de los anteriores objetivos<sup>48</sup>.

La Comunicación ha sido reforzada tras la adopción por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 13 de abril de 2016 de un Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación<sup>49</sup> por cuya virtud las tres instituciones convienen en promover dicha mejora mediante las iniciativas y procedimientos establecidos en el mismo, en respetar los principios generales del Derecho de la Unión (legitimidad democrática, subsidiariedad y proporcionalidad, y seguridad jurídica) y fomentar la sencillez, la claridad y la coherencia en la redacción de la legislación de la Unión, así como la mayor transparencia del procedimiento legislativo, y en que la legislación de la Unión sea comprensible y clara, permita a los ciudadanos, a las administraciones públicas y a las empresas comprender fácilmente sus derechos y obligaciones, incluya requisitos adecuados de información, seguimiento y evaluación, evite un exceso de regulación y de cargas administrativas, y sea de fácil aplicación.

Como instrumentos para la mejora de la legislación, el Acuerdo contempla la evaluación de impacto de las iniciativas legislativas y no legislativas, las consultas públicas y a los interesados y el tratamiento de la información recibida en el marco de dichas consultas, y la evaluación *ex post* de la legislación vigente.

---

<sup>48</sup> En el marco del Programa REFIT la Comisión realiza el seguimiento de las iniciativas de simplificación de la regulación en diversas áreas de acción política a través de un marcador (<https://op.europa.eu/webpub/com/refit-scoreboard/en/index.html> a. 1/6/2021) y elabora informes anuales que reflejan los logros alcanzados y los avances producidos en cada una de ellas ([https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annual\\_burden\\_survey\\_2019\\_4\\_digital.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annual_burden_survey_2019_4_digital.pdf), a. 1/6/2021).

<sup>49</sup> DOUE L 123/1, de 12 de mayo de 2016. Puede consultarse en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=ES) (a. 1/6/2021).

El legislador español, en línea con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y con las recomendaciones de la OCDE y las directrices de la Unión Europea, ha terminado atribuyendo una importancia capital al adecuado ejercicio de la función de regulación.

Como señala GARRIDO MAYOL, “la técnica normativa ha adquirido una gran importancia hoy día por la necesidad de contar con normas claras, bien escritas y bien estructuradas, y de evitar la inestabilidad constante a que están sometidas”<sup>50</sup>, aunque, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no puede obviarse que el mismo “no es Juez de la calidad técnica de las Leyes”<sup>51</sup>.

Sin perjuicio de algunas aisladas previsiones legales y acuerdos en materia de técnica normativa<sup>52</sup> o de algunas regulaciones específicas<sup>53</sup>, la Ley 2/2011, de 4 de marzo,

---

<sup>50</sup> GARRIDO MAYOL, V. (2018), “El control extrajudicial de la actividad normativa del Gobierno”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 30, pág. 107.

<sup>51</sup> STC 162/1996, de 17 de octubre, F.J. 3º.

<sup>52</sup> Debe destacarse la regulación sobre el ejercicio de la “iniciativa legislativa” y la “potestad reglamentaria del Gobierno” contenida en los arts. 22 y ss. de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Con anterioridad, el Acuerdo de 18 de octubre de 1991 del Consejo de Ministros aprobó las “Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley” (publicado en el BOE núm. 276, de 18 de noviembre), Acuerdo en el que ya se aludía a las “indudables ventajas que proporciona la mayor calidad técnica de las leyes y que pueden sintetizarse en la realización del principio de la seguridad jurídica, proclamado por nuestra Constitución” y a que “claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía en las leyes, tanto internamente como con el conjunto del ordenamiento no solo redundan en pro de intérpretes y juristas en general, sino, fundamentalmente, en beneficio de los propios destinatarios de las normas, en la medida en que todo incremento en la seguridad jurídica ha de reducir considerablemente la litigiosidad y los conflictos”. Dicho Acuerdo fue derogado por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las “Directrices de técnica normativa” (publicado en el BOE núm. 180, de 29 de julio), que regula la estructura de los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto y contiene diversas especificidades relativas a la elaboración de acuerdos del Consejo de Ministros, previendo que, en todo lo que sea posible, se apliquen sus previsiones a la elaboración de disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que deban publicarse en el BOE.

<sup>53</sup> La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/123/CE y, como no podía ser de otra forma, adopta un enfoque desregulador con el propósito de eliminar las trabas injustificadas a dicho libre acceso y ejercicio. En el anterior sentido y tras reconocer en su exposición de motivos que la regulación del sector servicios “puede resultar obsoleta o inadecuada y dar lugar a distorsiones en el funcionamiento de los mercados de servicios como son la falta de competencia, las ineficiencias en la asignación de los recursos o la estrechez de los mercados”, indica que el fin de la Ley es “impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos”. La Ley promueve un nuevo modelo de regulación económica más eficaz para el desarrollo de la actividad empresarial y profesional, basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y concurrencia competitiva. Su disp. adicional tercera crea el “Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios”, como órgano de cooperación multilateral, con participación

de Economía Sostenible, constituyó la primera norma que, de manera sistemática, recogió las nuevas exigencias internacionales y europeas informadoras del ejercicio de la función de regulación.

Ya en su exposición de motivos la Ley alude tanto a la “mejora de la calidad de la regulación” (reflejando, por primera vez, los denominados “principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas” y los “instrumentos para la mejora regulatoria”, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios previsto en la Ley 17/2009) como a la “reforma de los organismos reguladores” (introduciendo un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con los principios de eficiencia y de transparencia).

También señala la Ley 2/2011 (art. 3) que la acción de los poderes públicos para impulsar la sostenibilidad de la economía española (entendiendo que el crecimiento de la economía solo es sostenible si concilia el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades) debe estar guiada por determinados principios, entre los que destacan “el incremento de la competitividad de las empresas, mediante marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad, en particular a través de la formación, la investigación, la innovación y el uso de nuevas tecnologías, e incrementen la capacidad para competir en los mercados internacionales”.

---

de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía y representantes de la administración local.

A su vez, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, refuerza la relación entre “marco regulatorio eficiente” y “desarrollo económico”.

En el anterior sentido, la Ley se dirige, entre otros fines, a “eliminar los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación (...) una de las principales demandas que los operadores económicos han venido trasladando en los últimos años” y pretende “seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas”, aclarando que “la mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación económica”, resultando “importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional”.

La Ley 20/2013 establece en su Capítulo II diferentes principios -dirigidos a garantizar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación- que condicionan el ejercicio de la función de regulación.

Así, su art. 3, relativo al “principio de no discriminación”, señala que “ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.

Para garantizar una aplicación uniforme de los principios y la supervisión adecuada de los operadores económicos, el art. 4 prevé el deber de las autoridades competentes de cooperar en el marco de los instrumentos que la propia Ley prevé y de actuar de acuerdo con el principio de confianza mutua, respetando el ejercicio legítimo por otras autoridades de sus competencias, reconociendo sus actuaciones y ponderando en el ejercicio de competencias propias la totalidad de intereses públicos implicados y el respeto a la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y a la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional.

Por su parte, el art. 5, relativo al “principio de necesidad y de proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes”, indica que cuando las autoridades competentes, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan límites al

acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad “motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”<sup>54</sup>. En todo caso, cualquier límite o requisito relativo al acceso a una actividad económica o a su ejercicio “deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

La Ley también se refiere al “principio de simplificación de cargas” (art. 7), señalando que “la intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad”.

Y, por último, la Ley obliga a que el ejercicio de la función de regulación garantice las libertades de los operadores económicos. Así, su art. 9 prevé que las autoridades competentes, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, velen por la “observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”, lo que, en particular, se predica de las siguientes disposiciones y actos:

- Disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.
- Autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

---

<sup>54</sup> Este precepto define “razón imperiosa de interés general” como la “razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

- Documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.
- Actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados anteriormente, así como los procedimientos asociados a los mismos.
- Estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad.
- Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos.

Los preceptos de la Ley 20/2013 a los que se ha hecho referencia con anterioridad tienen todos ellos la condición de legislación básica, habiendo sido dictados al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica o bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.1ª, 13ª y 18ª CE, entre otros títulos).

El Tribunal Constitucional, tras analizar la constitucionalidad del art. 17 de la Ley, sobre instrumentación de los principios de necesidad y de proporcionalidad contemplados en su art. 5 (exigencia de una autorización para el acceso a las actividades económicas y su ejercicio solo cuando concurren dichos principios, estableciendo aquel precepto en qué supuestos concurren), ha confirmado la misma<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> STC 79/2017, de 22 de junio. En la misma se señala que “el reconocimiento de la capacidad autonómica para decidir sus propias políticas a través de la determinación de los fines que orientarán aquellas no es incompatible con el hecho de que la Constitución ampare que el Estado, en el ejercicio de sus competencias, pueda condicionar al legislador autonómico a la hora de orientar sus regulaciones hacia determinados fines”, pudiendo el Estado, a través de su competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), “llegar a condicionar los fines de la acción pública autonómica en un determinado ámbito sobre el que igualmente operan los títulos materiales autonómicos”. Aunque “en una norma horizontal con vocación de universalidad, una limitación de las finalidades que pueden perseguir los legisladores autonómicos al regular la actividad económica podría suponer una restricción desproporcionada de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias”, se señala que “en el presente supuesto no se produce tal efecto restrictivo sobre la autonomía, pues la enumeración que se realiza en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, es lo suficientemente abierta en sus términos como para que quepan dentro de aquella los diferentes objetivos que se pueden querer promover a través del amplio elenco de competencias autonómicas”. Dicha enumeración (a la que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013), “no obstante constituir un *numerus clausus*, es lo suficientemente abierta como para que las comunidades autónomas puedan desarrollar sus competencias sin que se produzca por ello ninguna restricción desproporcionada de su capacidad de adoptar políticas propias”. Así, entiende el Alto Tribunal que es “conforme con la norma fundamental que el Estado promueva el objetivo económico de que se reduzcan las cargas administrativas para el acceso y ejercicio de una actividad económica, sin que ello suponga el menoscabo de los intereses a proteger”, dado que la norma (art. 17.1 de la Ley 20/2013) “permite



Por último, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, culmina el proceso de incorporación de los principios de buena regulación a nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el aptdo. IV de su exposición de motivos se refiere a la “regulación inteligente”, invocando algunos de los antecedentes internacionales anteriormente expuestos:

“Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa («Better regulation» y «Smart regulation»). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas. Para ello, resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto ex ante como ex post, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes.

En la última década, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, supusieron un avance en la implantación de los principios de buena regulación, especialmente en lo referido al ejercicio de las actividades económicas. Ya en esta legislatura, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, ha dado importantes pasos adicionales, al poner a disposición de los ciudadanos la información con relevancia jurídica propia del procedimiento de elaboración de normas”.

Y en línea con el principio constitucional de seguridad jurídica, el propio aptdo. alude a la “buena regulación” en los siguientes términos:

“Es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como

---

bien el establecimiento de mecanismos de control distintos que tendrán lugar con carácter previo (declaración responsable, comunicación previa), bien el establecimiento de condiciones de ejercicio de la actividad económica cuyo cumplimiento siempre podrá ser controlado con posterioridad” (F.J. 7º).

corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes. Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*».

Los “principios de buena regulación” inicialmente recogidos en la Ley 2/2011 aparecen en la actualidad plasmados en el art. 129 de la Ley 39/2015, cuyo aptdo. primero indica que, tanto en el ejercicio de la “iniciativa legislativa” como de la “potestad reglamentaria”, las Administraciones Públicas “actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia”, debiendo justificar suficientemente su “adecuación a dichos principios” en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento. La adecuación de los preámbulos de las disposiciones de carácter general a los referidos principios podrá ser fiscalizada, consiguientemente, por los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pudiendo su infracción dar lugar a su anulación.

En virtud de los “principios de necesidad y eficacia”, cualquier iniciativa normativa “debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”.

En cuanto al “principio de proporcionalidad”, se señala que la iniciativa que se pretenda promover “deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”.

Respecto del “principio de seguridad jurídica”, la iniciativa normativa deberá ejercerse “de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”.

En cuanto al “ejercicio de la potestad reglamentaria”, se indica que “las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo”, de forma que “la atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante”. Es decir, en lo sucesivo no bastará con una mera habilitación, sino que debe incluirse la oportuna justificación. Si la naturaleza de la materia así lo exige, las leyes “podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas”.

En cuanto al “principio de transparencia” el mismo obliga a las Administraciones Públicas a posibilitar “el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, a garantizar que “los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas” y a definir claramente “los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos”.

Respecto del “principio de eficiencia”, la iniciativa normativa “debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos”. Si la iniciativa normativa afecta a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, “se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

En todo caso y en línea con las recomendaciones de la OCDE, los principios de buena regulación contemplados en la Ley 39/2015 no solo han de observarse al tiempo de la aprobación de las normas, sino que deben servir para realizar la “evaluación normativa” y, en su caso, “adaptación”, del ordenamiento jurídico vigente.

En el anterior sentido, el art. 130 de la Ley afirma que las administraciones públicas “revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las

cargas impuestas en ellas”. El resultado de dicha evaluación “se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”.

Por último, el propio precepto ordena a las administraciones públicas cooperar para “promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas” y, particularmente, para “evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica”.

Como manifestaciones concretas de los principios de buena regulación contemplados en la Ley 39/2015 podemos aludir a las siguientes:

- El “procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos” (en el que cobra una particular importancia la “Memoria del Análisis de Impacto Normativo”) y el régimen de “tramitación urgente de iniciativas normativas en el ámbito de la Administración General del Estado”, contemplados, respectivamente, en los arts. 26 y 27 de la Ley 50/1997 (modificados por la disp. final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y complementados con las “directrices de técnica normativa” contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

- El “Plan Anual Normativo”. El art. 25 de la Ley 50/1997 ordena al Gobierno aprobar anualmente un plan normativo que “contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente” e “identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos”.

- El “Informe Anual de Evaluación Normativa”. El art. 28 de la Ley 50/1997 ordena al Gobierno aprobar anualmente un informe en el que se “refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior” y “las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior”, evaluación que comprenderá, en todo caso la de la “eficacia” de las normas (medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación), la de su “eficiencia” (identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias) y la de su “sostenibilidad”, pudiendo contener el informe

“recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas”<sup>56</sup>.

- La “Junta de Planificación y Evaluación Normativa”, órgano colegiado, de carácter interministerial, competente para elaborar los proyectos de plan anual normativo e informe anual de evaluación normativa. La creación de dicha junta y la determinación de los criterios para la reelaboración de dicho plan e informe se contienen en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo.

- La “Oficina de Coordinación y Calidad Normativa”, órgano previsto en el art. 26.9 de la Ley 50/1997, creado por Decreto 771/2017, de 28 de julio, y cuyo régimen de funcionamiento contempla el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre. La misma desempeña la función de análisis de determinados aspectos de los proyectos normativos que hayan de elevarse al Consejo de Ministros encomendada por el art. 26.9 de la Ley 50/1997 al Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales (entre otros, la calidad técnica, la congruencia con el resto del ordenamiento jurídico, la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas o la posible extralimitación en la incorporación del Derecho de la Unión Europea).

Las anteriores previsiones normativas e institucionales en materia de mejora de la regulación (junto con las que puedan establecerse en los niveles autonómico y local<sup>57</sup>) deberían reducir la intervención de los poderes públicos en la economía a través de la función de regulación a lo estrictamente imprescindible, de forma que aquélla únicamente se dirija a la consecución del interés general, que es la que en último término la legitima. Se trata de proteger adecuadamente los intereses generales limitando lo estrictamente imprescindible los derechos individuales.

---

<sup>56</sup> El Consejo de Ministros aprobó el 31 de agosto de 2021 el Informe Anual de Evaluación Normativa, correspondiente al Plan Anual Normativo de 2020, y el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2021.

<sup>57</sup> El art. 132 de la Ley 39/2015 señala que “anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente”, plan normativo que se publicará en el Portal de la Transparencia de la administración pública correspondiente. La declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto por la STC 55/2018, de 24 de mayo, no ha impedido que la mayoría de las comunidades autónomas y un buen número de entidades locales, dentro del cambio de cultura regulatoria, hayan aprobado y dado publicidad a sus respectivos planes anuales normativos. Así, por ejemplo, el Gobierno Vasco, mediante acuerdo de 12 de marzo de 2019, aprobó su Plan Anual Normativo para el año 2019. La Comunidad de Madrid, mediante acuerdo de 27 de diciembre de 2019 de su Consejo de Gobierno, aprobó el Plan Anual Normativo para el año 2020. Y por acuerdo de 24 de abril de 2019, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña aprobó el Plan Normativo de dicha Administración para los años 2019-2020. Esta Administración Pública cuenta, además, con un Área de Mejora de la Regulación específica en el Departamento de la Presidencia del Gobierno (art. 28 del Decreto 20/2019, de 29 de enero). También son muchos los ayuntamientos que han aprobado planes anuales normativos (p.ej. Plan Anual Normativo del Ayuntamiento de Madrid para el año 2020, aprobado por la Junta de Gobierno en su reunión de 28 de noviembre de 2019).

### **2.3. Aplicación del marco regulatorio. Las autoridades regulatorias independientes.**

El ejercicio de la función de regulación exige no solo el establecimiento de un marco regulatorio ajustado a los principios de buena regulación sino, ante todo, la aplicación continuada del mismo mediante el desarrollo de actividades de supervisión, inspección y sanción, el establecimiento y la adaptación de regímenes de derechos y de obligaciones específicos, el reconocimiento de ayudas, primas y otras retribuciones, la imposición de obligaciones de servicio público a una o varias de las empresas participantes en un determinado mercado o la resolución de los conflictos que puedan surgir entre las mismas.

La aplicación del marco regulatorio viene atribuida, en función de las características que presenten los sectores o mercados correspondientes, ora a las administraciones públicas territoriales competentes, ora a las denominadas autoridades administrativas o agencias reguladoras independientes creadas por las mismas, normalmente al hilo de la liberalización de sectores económicos en los que resulta necesario o conveniente el reconocimiento de derechos especiales o exclusivos a favor de uno o varios operadores (p.ej. en caso de tener la condición monopolio natural algunas actividades a desarrollar en dichos sectores) o garantizar la protección de determinados intereses generales mediante el recurso a técnicas como el servicio universal o las obligaciones de servicio público.

Para GARCÍA ÁLVAREZ el fenómeno de la privatización lleva al poder público, al perder la posibilidad de ejecutar su política económica a través de la propiedad, a “sustituir las facultades dominicales por mecanismos jurídicos de regulación de la actividad y ponderación de intereses”. Al anterior fenómeno se unen la “integración en la Unión Europea, que, por su propia naturaleza, impulsa políticas basadas en la regulación” y la creciente competencia internacional, ya no entre empresas, sino entre sistemas jurídicos y económicos, que “ha obligado a crear instancias profesionales e independientes para dar continuidad a medio y largo plazo y credibilidad internacional a determinadas políticas”. Y, como señala dicho autor, aunque no hay consenso en la doctrina acerca de la superioridad intrínseca del modelo organizativo de agencias independientes sobre el de administración centralizada, la opinión dominante es que “el

modelo basado en agencias sólo resulta más eficaz en determinadas áreas en las que conocimiento técnico y continuidad son claves”<sup>58</sup>.

La aparición de la figura de las agencias reguladoras independientes en la Unión Europea y, particularmente en España, encuentra su precedente más remoto en las *independent regulatory agencies* estadounidenses y, particularmente, en la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) creada por la *Federal Trade Commission Act* de 1914<sup>59</sup> para regular el comercio interestatal, proteger a los consumidores y usuarios y promover la competencia, dando respuesta a determinadas prácticas restrictivas de la competencia que, según el criterio restrictivo de los tribunales ordinarios, no podía entenderse que infringieran las normas contenidas en la *Sherman Antitrust Act* de 1890 o en la *Clayton Act* de 1914.

El recurso a ese tipo de agencias en territorio europeo tuvo tradicionalmente, por lo general, un carácter residual<sup>60</sup>, quedando limitada en nuestro país a ámbitos muy específicos en que así lo exigía la protección del interés general y, en su caso, de determinados intereses particulares (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores o Consejo de Seguridad Nuclear)<sup>61</sup>.

Su posterior generalización se ha producido, principalmente, al hilo de la liberalización de determinadas actividades económicas esenciales impulsada desde la entonces Comunidad Económica Europea (que atribuyó a las mismas importantes funciones en los mercados recién liberalizados).

En efecto, ha sido el Derecho de la Unión Europea el que, para hacer posible la apertura y el funcionamiento competitivo de determinados sectores económicos, ha

---

<sup>58</sup> GARCIA ÁLVAREZ, G. (2014), “La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, págs. 83-85.

<sup>59</sup> *Federal Trade Commission Act* de 1914. Acerca de dicha Comisión, vid. MORENO MOLINA, A.M. (1995), *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado; o SCHERER, F.M. (2015), “The federal trade commission, oligopoly, and shared monopoly”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 46, Nº. 1, págs. 5-23.

<sup>60</sup> Salvo en el caso del Reino Unido (en donde el recurso a los *quasi autonomous non governmental organisations* ha sido frecuente) y, en menor medida, de Alemania (*funktionale selbsverwaltungsträgern*). Vid. SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2002), *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel.

<sup>61</sup> Vid. ALONSO TIMÓN, A.J. (2001), “El fenómeno de las autoridades administrativas independientes y la naturaleza de sus capacidades normativas: especial referencia a las circulares del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº. 34, págs. 179-220.

impuesto a los Estados miembros la obligación de atribuir a agencias reguladoras independientes la garantía de los derechos de quienes pretenden participar en los mismos.

En el anterior sentido, una parte importante de las directivas aprobadas para la realización del mercado interior en determinados ámbitos en los que la iniciativa pública tuvo durante décadas un papel primordial (particularmente, en los mercados de las comunicaciones electrónicas, de la electricidad o del gas) contemplaron la obligación de los Estados miembros de atribuir a autoridades independientes la competencia para identificar los diferentes mercados relevantes, determinar las condiciones de acceso a las redes, imponer obligaciones de servicio público y repartir los costes relativos a su financiación o resolver conflictos entre quienes participan en aquéllos.

Así, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, establecía en su art. 3.2 que los Estados miembros “garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas”, para así asegurar la imparcialidad de sus decisiones, y, si mantienen la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas “velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control”. El art. 8, por su parte, regulaba los objetivos cuya consecución debían encomendar los Estados miembros a las autoridades nacionales de reglamentación (debiendo perseguirse algunos de ellos mediante el mantenimiento de un diálogo con la Comisión Europea), dejando a las mismas una apreciable libertad en cuanto a los medios a emplear.

En términos análogos se pronuncia la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, cuyo art. 5 encomienda a dichas autoridades funciones como “implementar la reglamentación *ex ante* del mercado, incluida la imposición de obligaciones de acceso e interconexión”, “garantizar la resolución de litigios entre empresas”, “evaluar y supervisar estrechamente las cuestiones de configuración del mercado y de competencia en relación con el acceso abierto a



Internet” o “evaluar las cargas indebidas y calcular el coste neto de la prestación del servicio universal”.

Más rotunda, si cabe, han sido las directivas reguladoras del mercado interior de la electricidad. Así, ya el art. 20 de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se contemplaba la obligación de los Estados miembros de designar una “autoridad competente, independiente de las partes, para la resolución de los conflictos”, en particular de “los relacionados con los contratos, las negociaciones y la denegación de acceso y de compra”. Dichas autoridades reguladoras independientes han visto notablemente ampliadas sus funciones en ámbitos como la supervisión del funcionamiento competitivo del mercado eléctrico, la aprobación de metodologías para el cálculo de las condiciones de acceso y conexión y para la prestación de determinados servicios al sistema o la resolución de conflictos de acceso, en virtud de lo dispuesto en el art. 23 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, del art. 37 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE o del art. 59 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE.

También exigía la designación de autoridades reguladoras independientes a las que atribuir funciones en materia de aprobación de metodologías de cálculo de condiciones de acceso y conexión o resolución de conflictos de acceso, el art. 25 de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. Dichas funciones se atribuyen con mayor amplitud a dichas autoridades por el art. 41 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

El legislador español optó, inicialmente, por separar las funciones relativas a la “defensa de la competencia” -atribuyéndolas a las autoridades homónimas (Tribunal de

Defensa de la Competencia y, ulteriormente, Comisión Nacional de la Competencia), en su caso de carácter autonómico- y las inherentes a la “regulación” específica de cada uno de dichos sectores, encomendando éstas a “administraciones independientes” creadas *ad hoc* por las distintas normas liberalizadoras de los mismos<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> En el período 1994-2013 se crearon en España las siguientes autoridades reguladoras independientes:

- La Comisión Nacional de Energía, creada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos (disp. adicional undécima) como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos (el mercado eléctrico y los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos), a la que se atribuyó la función de velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento en beneficio de todos los sujetos que operaban en dichos sistemas y de los consumidores. La misma sucedió a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional creada por el art. 6 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, en cuanto ente regulador de dicho concreto sistema.

- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, creada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (art. 1), en cuanto ente al que se atribuyó el objetivo de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, de velar por la correcta formación de los precios en dicho mercado y de ejercer de órgano arbitral en los conflictos que pudieran surgir en el sector.

- El Comité de Regulación Ferroviaria, creado por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (art. 82), como órgano colegiado integrado en el Ministerio de Fomento al que se atribuyeron, entre otras funciones, las de salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria de Interés General y velar por que éstos fueran prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de garantizar la igualdad entre empresas públicas y privadas en las condiciones de acceso al mercado de los referidos servicios, de velar por que los cánones ferroviarios se ajustaran a la ley y no fueran discriminatorios o de resolver diversos conflictos que pudieran plantearse entre el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y las empresas ferroviarias.

- La Comisión Nacional del Sector Postal, creada por la Ley 23/2007, de 8 de octubre, como organismo regulador del sector postal, al que se encomendó velar por la correcta prestación del servicio postal universal, la garantía de la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia y el pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y de sus trabajadores (art. 6).

- La Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, creada por el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, como organismo regulador del sector del transporte aéreo en materia de tarifas aeroportuarias al que se atribuyó la misión de velar por la objetividad, la no discriminación, la eficiencia y la transparencia de los sistemas de establecimiento y de revisión de las tarifas aeroportuarias.

- La Comisión Nacional del Juego, creada por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (art. 20), como organismo encargado de velar por el adecuado funcionamiento del sector del juego y de garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos en beneficio de los usuarios, atribuyéndose a la misma, entre otras funciones, las de autorizar, supervisar, controlar y, en su caso, sancionar, el desarrollo, explotación y comercialización de los juegos y demás actividades previstas en el ámbito de aplicación de la Ley.

Por último, la Ley 2/2011 (disp. final cuarta) previó la remisión por el Gobierno de un proyecto de ley relativo a la creación de un “organismo regulador del sector transporte” que integrara las funciones atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados de transporte, y, en particular, los avances en el proceso de liberalización del sector ferroviario. Dicho organismo, no obstante, no llegó a ser creado.

Mientras que a las primeras se atribuyó tanto el control *ex post* de la libre competencia -investigando y sancionando las conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia (prácticas y conductas prohibidas), como el control *ex ante* de las operaciones de concentración empresarial- a las segundas se encomendó “asegurar la separación vertical de las empresas entre los sectores regulados y sectores en competencia y resolver los conflictos que pudieran surgir entre los diferentes operadores, especialmente en los casos en que era necesario garantizar el libre acceso a infraestructuras esenciales”, quedando las mismas facultadas para ejercer “potestades de inspección y sanción, así como distintas funciones de proposición normativa económica y técnica y la elaboración de estudios y trabajos sobre el sector” (exposición de motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Frente al anterior esquema, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), atribuyó a este organismo público las funciones tanto de defensa de la competencia como de regulación de determinados sectores de actividad, reordenando las competencias atribuidas a las distintas autoridades reguladoras independientes previamente creadas, autoridades que, juntamente con la Comisión Nacional de la Competencia misma, fueron extinguidas (disp. adicional segunda)<sup>63</sup>.

La ley alude en su exposición de motivos al “funcionamiento eficiente de los mercados” y a la “existencia de una competencia efectiva” como principios “fundamentales en el diseño y definición de las políticas regulatorias de las actividades económicas”, correspondiendo a los organismos supervisores la labor de “velar por el correcto funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica, hacer propuestas sobre aspectos técnicos, así como resolver conflictos entre las empresas y la Administración”.

---

<sup>63</sup> Sobre las funciones de la CNMC vid. CARLÓN RUIZ, M. (Dir.) (2014) *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Aranzadi, Cizur menor; MONTERO PASCUAL, J.J. (2013), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2013), “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34; RALLO LOMBARTE, A. (2014), “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, págs. 193-234;

La existencia de organismos independientes la justifica la Ley en la “complejidad que, en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado, tienen las tareas de regulación y supervisión, así como por la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación”.

La misma entiende que transcurrido cierto tiempo desde la implantación del sistema de separación de funciones entre organismos de defensa de la competencia y organismos supervisores o reguladores, sistema que, señala, ha reportado “indudables ventajas para el proceso de liberalización y transición a la competencia de los sectores regulados”, es necesario revisarlo, atendida la proliferación de los últimos.

Concretamente, la unificación en un solo organismo de la función de regulación de todos los sectores expuestos obedece principalmente y según declara la propia Ley a las exigencias de seguridad jurídica y a la confianza institucional (normas claras, arquitectura institucional seria y criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos, siendo la consecución de lo anterior más compleja cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, atendido el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia), a la austeridad presupuestaria (obtención de economías de escala y de sinergias), a la necesidad de compartir conocimiento, de tener una visión integrada de sectores muy dinámicos y un enfoque consistente de todas las industrias de red o de mitigar el “riesgo de captura del regulador tanto por el gobierno como por el sector privado”.

Como se ha expresado, la Ley atribuye a la CNMC la función de “velar por el correcto funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica, hacer propuestas sobre aspectos técnicos, así como resolver conflictos entre las empresas y la Administración” (exposición de motivos), debiendo, concretamente, “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios” (art. 1.2).

En cuanto a sus funciones, la CNMC ejerce, por una parte y para el conjunto de los mercados, funciones para la defensa y la promoción de la competencia en los mismos con carácter general.

Dichas funciones, que incluyen todas las contempladas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, son tanto las de supervisión como las consultivas y de arbitraje.

Pero, además y con carácter singular, la CNMC ejerce funciones en determinados sectores y mercados regulados, donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia (por lo general, *ex post*) puede resultar insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva.

Así, el art. 5.2 de la Ley señala que, sin perjuicio de las anteriores competencias, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y en el mercado postal, la CNMC ejercerá las competencias que específicamente le reconocen los arts. 6 a 11.

Para el ejercicio de las anteriores funciones se reconocen a la Comisión facultades específicas de “supervisión y control” en los expresados sectores y el ejercicio en los mismos de la “potestad sancionadora” de conformidad con lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.

Además, se reconoce a la Comisión competencia para resolver diversos conflictos que le puedan plantear los operadores económicos que operen en los mercados de las comunicaciones electrónicas, de la electricidad, del gas, postal, de las tarifas aeroportuarias, o de la comunicación audiovisual (art. 12).

Para garantizar su independencia, se prevé que las resoluciones del Consejo de la CNMC pongan fin a la vía administrativa, siendo las mismas impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (concretamente, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, según establece la disp. adicional cuarta aptdo. 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Como consecuencia del dictamen motivado remitido por la Comisión Europea al Reino de España en relación con la indebida incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga

la Directiva 2003/54/CE<sup>64</sup> y de la Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE<sup>65</sup> y de la litigiosidad entre la CNMC y la Administración General del Estado (que impugnó determinadas normas aprobadas por la segunda y que entendió invadían sus competencias), se han reforzado las funciones de la primera en el ámbito de la energía.

Así, el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la CNMC a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación con las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, reconoce (exposición de motivos) que dichas normas prevén que los reguladores de la energía “deben poder tomar decisiones sobre todas las cuestiones de reglamentación pertinentes y que sean totalmente independientes de cualquier otro interés público o privado”.

Además, señala que “en el contexto de la transición energética actual tanto a nivel europeo como nacional, nuestro país debe adoptar un marco regulatorio e institucional claro, estable y predecible que otorgue seguridad jurídica a todas las personas físicas y jurídicas relacionadas con el sector energético, cuya transversalidad engloba tanto a colectivos vulnerables como a inversores nacionales e internacionales” (exposición de motivos).

El Real Decreto-ley 1/2019 (art. 3) modifica la Ley 3/2013 y atribuye a la CNMC, en el ámbito del sector eléctrico y del sector del gas natural, competencias para establecer, mediante “circulares normativas” que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”), “la estructura y la metodología para el cálculo de los peajes de acceso a las redes de electricidad destinados a cubrir la retribución del transporte y la distribución”, “la estructura y la metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas destinados a cubrir la retribución asociada al uso de las instalaciones de las redes de transporte, distribución y plantas de gas natural

---

<sup>64</sup> Entre las obligaciones de las autoridades reguladoras independientes nacionales su art. 37 prevé la de “establecer o aprobar, de conformidad con criterios transparentes, las tarifas de transporte o distribución o sus metodologías”.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, art. 41.1 de dicha Directiva.

licuado”, “las metodologías utilizadas para calcular las condiciones para la conexión y acceso a las redes de gas y electricidad”, “la metodología, los parámetros y la base de activos para la retribución de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica” (lo que incluye la fijación de los valores unitarios de inversión, de operación y mantenimiento y la vida útil regulatoria de las instalaciones con derecho a retribución a cargo del sistema eléctrico de las empresas de transporte y distribución para cada periodo regulatorio o la tasa de retribución financiera de las instalaciones con derecho a retribución a cargo del sistema eléctrico de las empresas de transporte y distribución para cada periodo regulatorio), “la metodología, los parámetros y la base de activos para la retribución de las instalaciones de transporte y distribución de gas natural y plantas de gas natural licuado, conforme orientaciones de política energética” (lo que asimismo incluye la fijación de los valores unitarios de inversión, de operación y mantenimiento y la vida útil regulatoria de los activos con derecho a retribución a cargo del sistema de gas natural de las empresas de distribución, transporte y plantas de gas natural licuado para cada periodo regulatorio, así como la tasa de retribución financiera de los activos de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado con derecho a retribución a cargo del sistema gasista para cada periodo regulatorio) o “la metodología para el cálculo de la retribución del operador del sistema eléctrico y del gestor técnico del sistema gasista, en función de los servicios que efectivamente presten”.

Asimismo, se faculta a la Comisión para “aprobar, mediante resolución, los valores de los peajes de acceso a las redes de electricidad y gas, así como las cuantías de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad, y de transporte y distribución de gas natural y de las plantas de gas natural licuado”, todo ello con fundamento en las respectivas metodologías aprobadas, para “supervisar los planes de inversión de los gestores de red de transporte (...) pudiendo realizar recomendaciones para su modificación” y para “inspeccionar” todas aquellas materias sobre las que la Comisión tenga atribuida competencia.

Por último y con carácter general, dicho organismo queda facultado para “determinar las reglas de los mercados organizados en su componente normativa, en aquellos aspectos cuya aprobación corresponda a la autoridad regulatoria nacional, de conformidad con las normas del derecho comunitario europeo”, debiendo publicar dichas “reglas” en el BOE.

En todo caso, el Real Decreto-ley 1/2019 introduce un mecanismo para asegurar la consistencia en el ejercicio de las competencias que corresponden a la CNMC con la competencia exclusiva sobre bases del régimen energético que el art. 149.1.25.<sup>a</sup> CE atribuye al Estado, previendo la aprobación por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de unas “orientaciones de política energética”<sup>66</sup>, y articulando un procedimiento de diálogo previo entre dicho órgano y la CNMC que, en último término, garantiza la independencia del organismo regulador en la aprobación de sus “circulares normativas”.

La función de regulación, por lo tanto, no queda reservada en exclusiva al Estado y a las comunidades autónomas, contribuyendo a su desempeño una cohorte de organismos y de agencias independientes<sup>67</sup> a los que el ordenamiento jurídico se la encomienda con mayor o menor extensión.

Al margen de que la nómina de dichos organismos y agencias sea en cada momento más o menos amplia, lo cierto es que su mera existencia, como señala BAÑO LEÓN, pone de manifiesto, además de la cuestión de su justificación y fundamento (que suele residir en la desconfianza hacia la actuación del legislador y de los órganos administrativos “ordinarios” y la confianza en el principio tecnocrático frente al político) el problema del carácter esencialmente discrecional de las decisiones que, llegado el caso, pueden adoptar acerca de si intervenir en el mercado mediante el establecimiento de una regulación -con carácter *ex ante*- o reaccionar frente a las eventuales prácticas restrictivas de la competencia que puedan tener lugar en el mismo -con carácter *ex post*-, toda vez que la orientación a la competencia casi nunca puede articularse mediante normas abstractas y

---

<sup>66</sup> Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Se trata de orientaciones que el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico considera que la CNMC debe tener en cuenta en la regulación que contenga la circular de carácter normativo, para asegurar la coherencia entre la actuación normativa de dicha Comisión y las prioridades de la política energética del Gobierno.

<sup>67</sup> No obstante la relevancia de la CNMC debe tenerse en cuenta que la nómina de organismos y órganos supervisores no concluye con la misma, existiendo otros muchos que tienen atribuido el ejercicio, con mayor o menor extensión, de funciones de regulación. Sin ánimo de exhaustividad, ostentan determinadas funciones de regulación de sus respectivos sectores la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores), el Banco de España (Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito y Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España), la Comisión Nacional del Juego (Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego) o el Comisionado del Mercado de Tabacos (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria).



regladas al depender la misma de un análisis prospectivo del mercado de indudable carácter técnico-económico<sup>68</sup>.

Para contextualizar dicho problema, BAÑO LEÓN se refiere a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) de 3 de diciembre de 2009 y en la que se analiza el posible incumplimiento por la República Federal de Alemania de las obligaciones que le incumbían en virtud de determinados preceptos de las Directivas 2002/21/CE (marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), 2002/19/CE (acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión) y 2002/22/CE (servicio universal y derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas) como consecuencia de la modificación de la legislación federal de telecomunicaciones en lo relativo al establecimiento de regulaciones *ex ante*.

El art. 9a aptdo. 1 de la Ley alemana de telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*), de 22 de junio de 2004, establecía que “sin perjuicio de lo establecido en su aptdo. 2, los nuevos mercados no están, en principio, sujetos a «regulación» con arreglo al título segundo de la TKG”, previendo el último aptdo. la facultad excepcional de la ANR de, solo si concurren determinadas circunstancias que permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible, someter el nuevo mercado a regulación.

El TJUE entiende en su Sentencia que a) los Estados miembros deben garantizar la independencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (“ANR”) “para que puedan ejercer sus competencias con imparcialidad y transparencia”<sup>69</sup>; b) las ANR tienen encomendadas “tareas específicas de regulación de los mercados de comunicaciones

---

<sup>68</sup> Además de indicar que “las dos cuestiones fundamentales con las que se enfrenta la competencia en estos mercados que tienden al monopolio u oligopolio natural son: 1ª) La determinación de las condiciones de acceso a la red de empresas terceras cuando la empresa dominante es la que en su día construyó la red. 2ª) Condiciones que determinan el abuso de posición dominante, sobre todo en los nuevos mercados”, dicho autor señala que “la cuestión clave es si basta en la aplicación del derecho de la competencia o es preciso establecer regulaciones “*ex ante*” que ordenen el mercado”, dado que el derecho de la competencia implica, en principio, un control *ex post*, que ni impide la posición de dominio (solo el abuso) ni tiene como misión proteger a los consumidores. Y concluye afirmando que “la opción misma sobre la oportunidad o no de establecer una regulación de un mercado, sólo puede merecer el calificativo de decisión esencial, que debería acometer el legislador, de acuerdo con la doctrina dominante sobre la reserva de ley”. BAÑO LEÓN, J.M. (2011), “Reserva de Administración y Derecho comunitario”, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, IDEIR núm. 7, págs. 1-14. Disponible en <http://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-reserva%20de%20administración.pdf> (a. 27/5/2021).

<sup>69</sup> Sentencia TJUE de 3 de diciembre de 2009, asunto C-424/07, *Comisión c. Alemania*, aptdo. 54.

electrónicas”, entre las que figura la de, “en estrecha colaboración con la Comisión, definir los mercados pertinentes en el sector de las comunicaciones electrónicas”, teniendo “en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación de la Comisión y las Directrices”; y la de, a continuación, efectuar un análisis de los mercados definidos y apreciar si son realmente competitivos, teniendo “en cuenta las Directrices en la mayor medida posible”; de forma que “si un mercado no es realmente competitivo, la ANR correspondiente impondrá obligaciones regulatorias ex ante a las empresas con peso significativo en ese mercado”<sup>70</sup>; c) en el ejercicio de sus cometidos las ANR deben tener en cuenta en la mayor medida posible los objetivos previstos en el art. 8 de la Directiva, disfrutando de una “amplia facultad para poder apreciar la necesidad de regulación de un mercado”<sup>71</sup>; d) los “mercados pertinentes” se refieren al sector de las comunicaciones electrónicas en general y no excluyen de su ámbito de aplicación los “nuevos mercados”<sup>72</sup>.

Para el Tribunal, las disposiciones de las Directivas invocadas por la República Federal de Alemania “sugieren que, respecto de los nuevos mercados, las ANR deben actuar con prudencia”, pero “no establecen ningún principio de no regulación de dichos mercados” y la Directiva marco “otorga a la ANR, y no al legislador nacional, la apreciación de la necesidad de regulación de los mercados”, de forma que al establecer una disposición legal que, en general, excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR “usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular”<sup>73</sup>.

La sentencia realiza un análisis en términos análogos a los anteriormente expuestos de la definición en el art. 3 aptdo. 12 b de la Ley del concepto de “nuevo mercado”, de la jerarquización en el art. 9a aptdo. 2 de los objetivos contemplados en el art. 8 de la Directiva marco y del establecimiento por el propio precepto de condiciones más restrictivas en el análisis de los mercados que las previstas en la norma comunitaria,

---

<sup>70</sup> *Ibíd.* Aptdos. 55 a 58.

<sup>71</sup> *Ibíd.* Aptdos. 59 y 61.

<sup>72</sup> *Ibíd.* Aptdo. 64.

<sup>73</sup> *Ibíd.* Aptdos. 73, 74 y 78.

llegando a la conclusión de que cada una de las anteriores medidas “limita la facultad discrecional de la ANR”, estimando el recurso interpuesto por la Comisión Europea<sup>74</sup>.

Coincidimos con BAÑO LEÓN en que la interpretación realizada por el TJUE tiene una notable incidencia sobre el Derecho Constitucional de los Estados miembros dado que, por una parte, sustrae al legislador ordinario la posibilidad de establecer regulaciones *ex ante*, encomendando dicha función a las ANR (si bien ésta se trata de una decisión del legislador comunitario que, obviamente, está respaldada por el principio de primacía del Derecho de la UE) y, por otra, consolida la atribución a dichas autoridades de unos poderes discrecionales amplísimos -determinar si un mercado debe ser o no regulado *ex ante* y con qué alcance y contenido- toda vez que su ejercicio no está definido sino por referencia a la consecución de unos objetivos establecidos en términos muy generales (en el caso concreto, los contenidos en el art. 8 de la Directiva 2002/21/CE), dificultándose con ello el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE), hasta el punto de “dejar virtualmente sin control el contenido material de unas regulaciones que carecen de otra limitación distinta a la interdicción de la arbitrariedad”<sup>75</sup>.

Para tratar de limitar dicha discrecionalidad y hacer posible un control jurisdiccional más efectivo de la actividad administrativa de regulación (en general), MONTERO PASCUAL propone un específico régimen jurídico de garantías consistente en una “más clara definición legal del interés general” y en una “motivación de la proporcionalidad de la intervención reguladora”<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.* Aptos. 80 y ss.

<sup>75</sup> BAÑO LEÓN, J.M. (2011) “Reserva ...” *Op. cit.*, págs. 6, 7 y 9.

<sup>76</sup> MONTERO PASCUAL, J.J. (2014), “La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12, págs. 23-44.

### III.- CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DEL RIESGO REGULATORIO

Los distintos poderes públicos a los que el ordenamiento jurídico atribuye el ejercicio de la “función de regulación” (mediante las potestades legislativa, reglamentaria, ejecutiva y, en último término, jurisdiccional) ostentan competencia para adaptar el marco regulador de las distintas actividades económicas a las circunstancias existentes para permitir así la mejor satisfacción del interés general y la puesta en práctica de las alternativas que se reputen más convenientes en cada momento.

De otro modo, desembocaríamos, indefectiblemente, en la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente<sup>77</sup>.

Los poderes públicos, por lo tanto, están facultados para modificar el marco jurídico aplicable al desempeño de una concreta actividad económica de forma que los particulares que hayan decidido desarrollarla a su amparo y acometer las correspondientes inversiones pueden verse afectados por su alteración sobrevenida, pudiendo dicho cambio ora beneficiarles ora perjudicarles.

Precisamente, el riesgo asociado a cualquier cambio del marco regulatorio vigente en un determinado momento y soportado por quienes desarrollen actividades económicas a su amparo es el denominado -primero por la Jurisprudencia<sup>78</sup> y después por la doctrina<sup>79</sup>- “riesgo regulatorio”, pudiendo el mismo referirse a la regulación general o a

---

<sup>77</sup> STC 126/1987, de 16 de julio, F.J. 11º.

<sup>78</sup> Así, la STS de 11 de junio de 2001 (rec. 117/2000, Pte. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), señala que “las empresas que actuaban en regímenes cerrados eran conscientes, o debían serlo, de que existía, al menos desde 1986 en que el Reino de España se adhirió a las Comunidades Europeas, un cierto «riesgo» regulatorio de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia. A lo largo de once años (1986-1997) la previsibilidad del cambio del régimen jurídico hacia un modelo más competitivo, sobre la base de los principios inspiradores del mercado interior comunitario, no podía ser ignorada por unas empresas que, aun cuando sólo fuera por la calidad de sus servicios internos, y, en todo caso, por sus relaciones con el poder regulador (de la que son buena muestra los sucesivos protocolos firmados con los Ministerios respectivos, a uno de los cuales nos hemos referido) estaban en condiciones idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico”. Por su parte, la STS de 25 de octubre de 2006, rec. 12/2005 (id. ponente) señaló que “las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los “riesgos regulatorios” que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera -en el sentido antes dicho- pero no excluye”.

<sup>79</sup> CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.) (2015) *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi Thomson Reuters, ESTOA PÉREZ, A. (2015) “La limitación de las ayudas de estado a las energías renovables: las nuevas directrices de la Comisión europea y el caso español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53/2015; GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2014), “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 43-44,

la sectorial y específicamente aplicable a la actividad económica en cuestión (o incluso a la jurisprudencia que la interprete), resultando preciso diferenciar si la relación afectada por el cambio regulatorio ha sido entablada entre particulares o con la administración y si la intervención de ésta en dicha relación se produce en su condición de parte del negocio jurídico correspondiente, de ente autorizante o de mero regulador de la actividad sujeta a intervención administrativa.

Aunque en la doctrina hay autores que sostienen una concepción estricta del riesgo regulatorio como el asociado a modificaciones del marco regulador de sectores económicos objeto de liberalización más o menos reciente (siendo el paradigma el sector eléctrico)<sup>80</sup>, en el presente trabajo nos referiremos a una concepción más amplia de dicho riesgo que, si bien parte de excluir, en principio, las modificaciones de la regulación general (como las que puedan venir referidas a los ámbitos tributario o laboral, entre otros posibles), considera que el mismo puede ponerse de manifiesto en una pluralidad de situaciones que afectan a inversiones con largos períodos de recuperación o retorno, debiendo destacarse, entre otras muchas posibles situaciones, las relativas a la modificación de las condiciones de acceso de los particulares al ejercicio de una actividad económica, a la variación de las condiciones de ejercicio de las actividades económicas reguladas o, incluso, a la modificación de las condiciones aplicables a las inversiones ejecutadas al amparo de contratos administrativos y negocios jurídicos celebrados por entidades pertenecientes al sector público. A las mencionadas situaciones nos referimos a continuación.

---

Zaragoza; GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2012)., “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156; MINGORANCE MARTÍN, C. (2013), “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87; PLASENCIA SÁNCHEZ, F. (2014), “Riesgo regulatorio y energías renovables”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas Thomson Reuters; RODRÍGUEZ BAJÓN, S. (2012), “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188.

<sup>80</sup> P.ej. GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2014), *Op cit.*, pág. 21.

### **3.1. Modificación de las condiciones de acceso al ejercicio de las actividades económicas**

Establece el art. 128.2 CE que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”.

La reserva a que se refiere el precepto transcrito implica sustraer a los particulares la posibilidad de desarrollar determinadas actividades económicas, que la ley declara de titularidad pública, lo que no es incompatible con que su gestión puedan desarrollarla aquéllos mediante técnicas concesionales contractuales o institucionales (p.ej. sociedades de economía mixta).

Las actividades susceptibles de ser reservadas al sector público, en todo caso, quedan limitadas a las relativas a los “recursos o servicios esenciales”, concepto este último que ha delimitado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que reputa servicios esenciales las “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad”<sup>81</sup>.

Si bien la “esencialidad” es un concepto relativo y susceptible de evolucionar en el tiempo (como ha sucedido, por ejemplo, con los servicios de telecomunicaciones o de televisión o con una parte importante de los servicios tradicionalmente reservados por la ley a las entidades locales<sup>82</sup>), es indudable que su concurrencia no tiene que traducirse necesariamente en la reserva al sector público del servicio o recurso correspondiente, pudiendo optar los poderes públicos por permitir que su prestación o explotación la realicen los particulares con sujeción a un determinado marco regulador y al

---

<sup>81</sup> STC 26/1981, de 17 de julio, F.J. 10º.

<sup>82</sup> Así, por ejemplo, el art. 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, declara la “reserva a favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros”, facultando al Estado y a las comunidades autónomas para, en el ámbito de sus competencias, establecer mediante ley idéntica reserva para otras actividades y servicios. El carácter evolutivo del concepto “servicios esenciales” lo pone de manifiesto el hecho de que de la reserva contemplada en la redacción original de la Ley 7/1985 han ido desapareciendo progresivamente diversos servicios. Así, de dicha redacción original han desaparecido la referencia a los “servicios mortuorios” (eliminada por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica), al “suministro de gas” (eliminada por la ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos) y a la “calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales” (eliminada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local).

correspondiente régimen de intervención administrativa siempre que el interés general en presencia así lo justifique.

Pues bien, tanto la reserva al sector público, mediante ley, de una actividad económica concreta previamente liberalizada como su *despublicatio* y consiguiente liberalización<sup>83</sup> son hechos que pueden determinar el nacimiento de riesgo regulatorio para los particulares que vengan realizándola con anterioridad.

La *publicatio* o asunción por una administración pública de una actividad económica puede revestir grados diversos, pudiendo llegar a la declaración del correspondiente monopolio (arts. 128.2 CE y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local) con exclusión de la iniciativa privada y, en su caso, encomienda de la gestión del servicio a un único empresario.

Lógicamente, las consecuencias económicas asociadas a la reserva a los poderes públicos de una actividad económica previamente liberalizada y a su ejercicio en régimen de monopolio (que puede requerir la expropiación de empresas o el rescate de concesiones, según se contempla, por ejemplo, en los arts. 97 y siguientes del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), habrán de contemplarse en las correspondientes leyes so pena de, en caso contrario, poder ser las mismas declaradas inconstitucionales por violentar la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE).

Respecto de las leyes que liberalicen una concreta actividad económica, es indudable que la decisión de los poderes públicos dirigida a tal fin puede hacer que el riesgo regulatorio se ponga de manifiesto para aquellos empresarios privados que venían gestionándola con anterioridad al amparo del régimen de servicio público (concesionarios, sociedades de economía mixta), en su caso en régimen de monopolio<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sobre dichos hechos vid. CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2003), *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (2003) “La *publicatio* de recursos y servicios”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.) *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, págs. 687-718; LINDE PANIAGUA, E. (2004) “La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº. 7 (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), págs. 31-50; TORNOS MAS, J. (2016) “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública* nº 200, págs. 193-211.

<sup>84</sup> Como señala GÓMEZ-FERRER “la liberalización supone la eliminación de la barrera de tipo jurídico que protegía a los operadores históricos de la competencia” o que “es susceptible, en principio, de producir efectos económicos desfavorables sobre los operadores históricos”, siendo el más aparente el de los “costes

En principio, las consecuencias asociadas a la *despublicatio* de una determinada actividad desarrollada al amparo de un negocio jurídico celebrado con la administración deberían ser las contempladas en la legislación de contratos del sector público para el caso de supresión del servicio público, si bien puede ocurrir que el legislador opte no tanto por suprimirlo como por liberalizarlo y permitir que concurra a su prestación cualquier interesado en ello, público, privado o mixto<sup>85</sup>.

Ello es, por ejemplo, lo que sucedió con los servicios funerarios, liberalizados en todo el territorio nacional por virtud de lo dispuesto en el art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica<sup>86</sup>.

Previamente a su liberalización los servicios funerarios tenían la condición de servicios públicos reservados a las entidades locales, pudiendo acordarse, incluso, su prestación en régimen de monopolio (art. 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

Es indudable que la referida liberalización tuvo una notable incidencia sobre quienes habían venido gestionando indirectamente los servicios funerarios con anterioridad (concesionarios), invocando éstos tanto el posible carácter expropiatorio de la norma liberalizadora como su derecho a ser indemnizados por razón de los perjuicios

---

varados”, es decir, de las “inversiones realizadas por los operadores históricos en activos necesarios para prestar el servicio (por ejemplo, en una planta de generación eléctrica o en una red de telecomunicaciones) y que no van a poder ser recuperadas en el nuevo entorno competitivo”. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2005), *Op. cit.* pág. 19.

<sup>85</sup> Vid. GALÁN VIOQUE, R. (2020), “La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14, págs. 69-87; REBOLLO PUIG, M. (2019): “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 210, págs. 139-174; TORNOS MAS, J. (2017), “Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 7, págs. 103-114.

<sup>86</sup> Dicho precepto establece, por una parte, que “se liberaliza la prestación de los servicios funerarios” aunque prevé un régimen de intervención pública. Así, “los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres. Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector”. Además, casi todas las comunidades autónomas han ejercitado su competencia en materia de policía sanitaria mortuoria. El anterior régimen debe ser interpretado en la actualidad a la luz de la regulación contemplada en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.



irrogados con ocasión de la “supresión” del servicio público (realmente, de su apertura a la libre concurrencia).

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, entre otras, en sus sentencias de 14 de febrero de 2002 (rec. 493/1998), 4 de abril de 2002 (rec. 495/1998) o 7 de mayo de 2002 (rec. 504/1998).

En la última de las expresadas sentencias, por ejemplo, el Alto Tribunal declara que la norma que liberaliza los servicios funerarios no tiene carácter expropiatorio:

“Nos encontramos, pues, con un cambio de carácter general en el sistema de prestación de los servicios funerarios, que, de ser una actividad reservada a las entidades locales, se ha transformado en una actividad económica libre, sujeta sólo a previa autorización municipal reglada, de modo que la nueva regulación legal carece de contenido expropiatorio por constituir una norma general de obligado cumplimiento, lo cual, aunque repercuta de forma desigual respecto de quienes prestaban los servicios funerarios a la sociedad, no supone una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como esta Sala declaró, entre otras, en sus Sentencias de 24 de mayo de 1997 (recurso 392/1995, fundamento jurídico séptimo) y 18 de octubre del mismo año (recurso 223/1995, fundamento jurídico octavo), siguiendo la doctrina recogida en la Sentencia núm. 227 de 29 de noviembre de 1988 (fundamento jurídico undécimo) del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general.

En este caso, el legislador ha regulado de forma diferente la prestación de los servicios funerarios pero no ha privado a quienes los prestaban de su derecho a continuar haciéndolo, si bien ajustándose a un régimen de libre competencia, con lo que sólo ha limitado el modo de hacerlo por considerar la concurrencia en su prestación, previa autorización municipal reglada, más útil o conveniente para la economía”<sup>87</sup>.

Igualmente, el Tribunal Supremo ha señalado que la ausencia de compensación no violenta la legislación de contratación del sector público, no pudiendo entenderse

---

<sup>87</sup> STS de 7 de mayo de 2002 (rec. 504/1998). F.J. 4º.

suprimido el servicio indirectamente gestionado como consecuencia del cambio normativo, no naciendo en el concesionario derecho a ser compensado por razón de responsabilidad contractual. En este sentido, la sentencia citada indica que:

“Aun aceptando que por los aludidos preceptos reguladores de la responsabilidad de la Administración contratante (...) pudiera atribuirse también responsabilidad, de acuerdo con los artículos 139.3 y 140 de la Ley 30/1992, a la Administración del Estado, como consecuencia de la promulgación del Real Decreto-ley 7/1996 determinante del cambio de las condiciones del contrato, dada la actuación conjunta de ambas Administraciones en la sustitución del régimen de monopolio por el de libre concurrencia, falta, sin embargo, el requisito de la antijuridicidad del daño, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 37/1987, 170/1989, 41 y 42/1990 y recordado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1992 (fundamento jurídico sexto), no existe aquélla ni derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las potestades innovadoras del ordenamiento jurídico o de las facultades autoorganizativas de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o en la configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión, que es lo ocurrido en este caso, por lo que la entidad demandante tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias del cambio legislativo, que impide la prestación de los servicios funerarios en régimen de monopolio”<sup>88</sup>.

En todo caso, los poderes públicos, siempre respetando la garantía expropiatoria, pueden, en los supuestos de liberalización de una actividad económica, optar por establecer regímenes transitorios o contemplar mecanismos de compensación a favor de los particulares afectados.

Sobre esa posibilidad (utilizada al hilo de la liberalización de la actividad de producción de energía eléctrica y del reconocimiento a determinadas empresas que desarrollaban dicha actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, de los denominados costes de transición a la competencia o “CTC”), dirigida a mitigar el riesgo regulatorio, volveremos posteriormente.

---

<sup>88</sup> *Ibíd.* F.J. 5º.

### **3.2. Modificación de las condiciones de ejercicio de las actividades económicas**

El ámbito en el que el riesgo regulatorio suele manifestarse con mayor intensidad o, al menos, recurrencia es el de las actividades económicas desarrolladas en sectores regulados o sujetos a intervención administrativa específica, muchas veces al amparo de autorizaciones o concesiones otorgadas por los poderes públicos competentes y determinantes, en su caso, del nacimiento de relaciones administrativas de sujeción especial.

De dicho ámbito forman parte sectores como los de las telecomunicaciones, el transporte, la electricidad, la minería o los hidrocarburos, entre otros muchos, en los que las inversiones en capital fijo suelen ser elevadas y los períodos de retorno de las mismas prolongados y en los que la modificación de las normas o de la regulación existentes al tiempo en que dichas inversiones fueron acometidas puede tener importantes repercusiones sobre quienes las realizaron y, por ende, sobre sus accionistas y financiadores.

La relevancia que en este ámbito puede llegar a tener el riesgo regulatorio la pone de manifiesto, por ejemplo, la reforma del sector eléctrico español producida entre los años 2010 y 2013 y dirigida, entre otras finalidades, a garantizar la viabilidad económico-financiera del mismo.

Dicha reforma, que tuvo incidencia sobre la práctica totalidad de las actividades relacionadas con el suministro eléctrico (generación, transporte, distribución, comercialización, gestión técnica del sistema, servicios de ajuste, servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, etc.), tanto liberalizadas como reguladas, afectó con especial intensidad a la actividad de generación de energía eléctrica acogida al extinto “régimen especial”.

El referido régimen apareció inicialmente recogido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, norma que, en relación con la venta de la energía producida por las instalaciones de generación acogidas al mismo (instalaciones con potencia nominal no superior a 50 MW y que generaran la energía haciendo uso de las tecnologías solar, eólica, biomasa, hidráulica, cogeneración, residuos o geotermia), facultaba a sus titulares para optar entre cederla al sistema, percibiendo por ella una tarifa regulada, única para todos

los períodos de programación, o venderla en el mercado de producción de energía eléctrica, siendo el precio de venta el resultante del mercado organizado o el libremente negociado, complementado, en su caso, por una prima (prima no disponible para los titulares de instalaciones de producción de energía solar con tecnología fotovoltaica, previéndose para éstos únicamente la posibilidad de ceder la energía eléctrica al sistema a cambio de una tarifa regulada).

Tal y como señalaba su art. 44.3 “durante el año 2010 (...) se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto”, atendiendo a los costes de las diferentes tecnologías, a su grado de penetración en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema. Asimismo, indicaba dicho precepto que “cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores”. Y precisaba que “las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión”.

El Real Decreto 661/2007 fomentó de manera muy notable la inversión de los particulares en la actividad de generación eléctrica mediante determinadas tecnologías renovables, superando muy ampliamente la inversión ejecutada las previsiones realizadas por el Gobierno español, particularmente en lo tocante a las instalaciones que utilizaban como energía primaria la solar mediante tecnología fotovoltaica<sup>89</sup>.

El Real Decreto 1578/2008 continuó la anterior línea de fomento de la inversión en la actividad de generación eléctrica mediante determinadas tecnologías renovables, si bien redujo el régimen de incentivos previsto en el Real Decreto 661/2007 para las

---

<sup>89</sup> Plan de Energías Renovables para el período 2005-2010 fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 26 de agosto de 2005. Particularmente notable fue el incremento de la capacidad de generación con tecnología solar fotovoltaica finalmente instalada respecto de la prevista en el Plan (+932,78%), incremento que contrasta con las cifras correspondientes a otras tecnologías renovables: Eólica (+3,55 %), hidráulica (-61,64 %), solar térmica (-60,08%), solar termoelectrica (+26,46%), biomasa (-80,65%) o biogás (-37,02%). Así, mientras el Plan contemplaba para la tecnología solar fotovoltaica y todo el periodo 2005-2010 un objetivo de incremento de potencia instalada de 363 MW, la potencia finalmente instalada durante el mismo fue de 3.749 MW. En términos de inversión y frente a la previsión contenida en el Plan de un total de 2.039,3 millones de euros para dicha tecnología y la totalidad del período, la inversión realmente ejecutada durante el mismo fue de 19.697 millones de euros. Fuente: Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios “Evaluación del Plan Español de Energías Renovables”, 2011 (<https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/evaluacion-politicas-publicas/Documentos/Evaluaciones/2010/E24/E24.pdf>, a. 1/6/2021).

instalaciones posteriores a la fecha límite contemplada en el mismo y limitó el mantenimiento de la tarifa regulada para estas instalaciones a un máximo de 25 años, dado que “el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica está siendo muy superior al esperado” (exposición de motivos).

La Ley 54/1997 fijó como una de las bases de funcionamiento del sector eléctrico en España el principio de suficiencia de ingresos y de percepción de una “remuneración adecuada” por los actores participantes en el mismo.

El desarrollo por los sucesivos gobiernos del régimen contemplado en la Ley 54/1997 y, particularmente, la aprobación de sucesivos regímenes de fomento de la generación de electricidad a partir de fuentes renovables mediante primas y subvenciones, la financiación por el sistema eléctrico de gastos no necesariamente relacionados con el suministro de electricidad y el descenso de la demanda eléctrica como consecuencia de la crisis financiera de 2008, llevaron al “sistema eléctrico español” a una situación financiera extrema como consecuencia del crecimiento constante y hasta cifras astronómicas (unos 30.000 millones de euros en 2014) del denominado “déficit tarifario”<sup>90</sup>.

La anterior situación llevó a las autoridades competentes a aprobar una batería de normas dirigidas a incrementar los ingresos del sistema y a reducir sus costes, teniendo las mismas una notable incidencia sobre buena parte de los sujetos del sistema eléctrico y, muy especialmente, sobre aquellos que, como ocurría con los productores de energía eléctrica acogidos al régimen especial de generación, eran destinatarios de algunas de las medidas de fomento más beneficiosas existentes en el sector.

La culminación del proceso de reforma de la normativa eléctrica para impedir la producción de nuevo déficit tarifario y hacer frente al ya existente la constituye el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para

---

<sup>90</sup> Sobre el concepto de déficit tarifario, vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2008), “Discrecionalidad y tarifa eléctrica: los retos jurídicos del déficit tarifario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, págs. 71-117; BACIGALUPO SAGGESE, M., y ESTOA PÉREZ, A. (2014), “La financiación del déficit del sistema eléctrico: Jurisprudencia reciente y regulación en la nueva ley del sector”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, págs. 159-169; LAVILLA RUBIRA, J.J. (2010), “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Derecho de la regulación económica* / Vol. 3, Tomo 2 (Sector energético), págs. 937-974; MEDINA GONZÁLEZ, S. y RAMS RAMOS, L. (2009), “Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. AGOSTI, L. (Coords.) *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, págs. 323-362;

garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, norma que, además de ser el precedente inmediato de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, habilita al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos ya existentes sobre la base de los principios que en el mismo se establecen.

El Real Decreto-Ley 9/2013, a diferencia de la práctica totalidad de las normas que trataron previamente de atajar el déficit tarifario, partió de reconocer que el sistema eléctrico español llevaba una década generando déficit debido a que los costes reales asociados a las actividades reguladas y al funcionamiento del sector eléctrico resultaban muy superiores a los ingresos obtenidos mediante los peajes aprobados por la Administración General del Estado y satisfechos por los consumidores eléctricos. Dicho déficit se calificó (exposición de motivos) como “*estructural*” e “*insostenible*” (énfasis añadido), reconociéndose la insuficiencia de las medidas de carácter urgente adoptadas con anterioridad tanto respecto de la partida de costes como de la de ingresos del sistema eléctrico, razón por la que la norma prevé nuevas medidas urgentes, de vigencia inmediata, destinadas a poner término de una vez a dicha situación.

Tratándose de la actividad de generación de electricidad mediante instalaciones sujetas al régimen especial, la reforma del marco regulador de la misma incidió muy notablemente sobre su régimen económico, que partía de lo dispuesto en el art. 30.4 de la Ley 54/1997, que garantizaba a los titulares de ciertas instalaciones sujetas a dicho régimen el derecho a una determinada tasa de “rentabilidad razonable”.

Pues bien, apenas transcurridos tres y dos años, respectivamente, desde la aprobación de los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008 y a la vista de las circunstancias antedichas, se comenzó a modificar el marco regulador inicialmente aplicable a la actividad de generación de electricidad, en general, y bajo “régimen especial”, en particular, actuándose tanto sobre los ingresos del sistema eléctrico como sobre sus costes.

De entre las modificaciones más relevantes de dicho marco regulador deben destacarse las siguientes:

- Supresión de los valores de las tarifas reguladas para las instalaciones fotovoltaicas acogidas al Real Decreto 661/2007 a partir del vigésimo sexto año y exigencia de requisitos técnicos adicionales para las mismas,

modificaciones introducidas por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre. La limitación temporal contenida en esta norma (posteriormente ampliada a veintiocho años por el Real Decreto-Ley 14/2010 y hasta treinta años por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible) contrasta con la previsión de tarifas reguladas de vigencia indefinida para dichas instalaciones contenida en el Real Decreto 661/2007 (art. 36).

- Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima equivalente o prima de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica, introducida por el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, inexistente con anterioridad.

- Limitación de las horas equivalentes primadas de funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar fotovoltaica y establecimiento de la obligación de los productores de electricidad (todas las tecnologías) de hacer frente a un peaje de generación de 0,5 euros/MW en relación con la electricidad producida. Ambas medidas fueron implantadas por virtud del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre y, lógicamente, ninguna de ellas estaba en vigor al tiempo de la aprobación de los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008. Las mismas se tradujeron en el incremento de los costes asociados a la actividad de generación de electricidad y en la limitación de los ingresos susceptibles de ser obtenidos por los titulares de dichas instalaciones.

- Suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y supresión de los incentivos económicos (tarifas reguladas, primas y límites) para las nuevas instalaciones, operada por el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero. Dicha medida se aplicó a las instalaciones de régimen especial no inscritas en el Registro de Preasignación de Retribución (salvo que ello fuera consecuencia del incumplimiento por la Administración del correspondiente plazo de resolución).

- Establecimiento por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales para la Sostenibilidad Energética, de nuevos tributos eléctricos, debiendo resaltarse la creación por la misma del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, tributo que grava al tipo del 7% el valor de la energía eléctrica producida e incorporada al sistema eléctrico, y ello con independencia del tipo de tecnología empleada en su producción, incrementando los costes soportados por los titulares de instalaciones de generación, tanto en régimen general como especial.

- Supresión o corrección por el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre del régimen económico primado en los casos de existencia de incumplimientos por el titular de la instalación. Esta medida habilitó a la Administración General del Estado para inaplicar el régimen económico primado correspondiente a las instalaciones de generación de régimen

especial en caso de que se constatará que una instalación inscrita en el Registro de Preasignación de Retribución no estaba totalmente finalizada al vencimiento del plazo límite establecido para ser inscrita con carácter definitivo en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial y comenzar la venta de energía. La norma establece cuándo debe entenderse que la instalación está o no totalmente finalizada.

- Modificación del índice de actualización de los costes del sector eléctrico (IPC-IC subyacente) y de la retribución de las instalaciones sujetas al régimen especial. Ambas medidas se contemplaron en el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero y alteraron el régimen económico que correspondía a los titulares de instalaciones de generación en régimen especial. Concretamente y con efectos 1 de enero de 2013, la referencia al Índice de Precios de Consumo para actualizar las retribuciones, tarifas y primas en el sector eléctrico fue sustituida por la referencia al Índice de Precios de Consumo a Impuestos Constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos (IPC-IC subyacente). Por otra parte, el Real Decreto-ley modificó el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, con objeto de garantizar una “rentabilidad razonable” a los titulares de las instalaciones y de evitar, al mismo tiempo, una sobre retribución de los mismos que recayera sobre los demás sujetos eléctricos, previendo que a partir de su entrada en vigor las alternativas para vender la energía producida en instalaciones acogidas al régimen especial a disposición de su titular fueran la cesión de la electricidad al sistema percibiendo una tarifa regulada o la venta de la electricidad en el mercado de producción de energía eléctrica pero sin complemento de prima (que se suprime).

Finalmente, el Real Decreto-Ley 9/2013, ya citado, culminó el proceso de reformas al que venimos refiriéndonos.

Si bien el mismo contiene medidas que afectan a la práctica totalidad de las actividades del sector eléctrico, las que se refieren específicamente a la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos tienen un especial calado.

Así, en primer lugar, dicha norma habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de dichas fuentes ya existentes y modificó la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para introducir los principios concretos sobre los que debía articularse dicho régimen, estando el mismo basado en la percepción por el titular de cada instalación, en función de su tipo, de los ingresos derivados de su participación en el mercado, con una retribución adicional que, de resultar necesario, cubra aquellos costes



de inversión que una “empresa eficiente y bien gestionada” no recupere en el mercado y que permita a las instalaciones de generación a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos cubrir los costes necesarios para competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una “rentabilidad razonable”, que, de conformidad con lo indicado por la Jurisprudencia, se señaló que giraría, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado (concretamente y para las instalaciones que tuvieran derecho al régimen económico primado previamente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley se contempló una rentabilidad, antes de impuestos, consistente en el rendimiento medio de los últimos diez años de las obligaciones del Estado a diez años, en el mercado secundario, incrementado en 300 puntos básicos, aunque revisable a los seis años en todo caso).

En segundo lugar, previó la revisión de los diferentes parámetros retributivos cada seis años (surgiendo así el concepto de “período regulatorio”) a fin de mantener en el tiempo el principio de “rentabilidad razonable” legalmente reconocido.

Y, por último, derogó el Real Decreto 661/2007 y el Real Decreto 1578/2008, previéndose la aplicación inmediata de sus previsiones, sin perjuicio de las regularizaciones a que pudiera haber lugar.

Los principios previstos en el Real Decreto-ley 9/2013 fueron los que se recogieron en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (art. 14) y se desarrollaron por 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 por 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 dichas fuentes (orden que resulta de aplicación al primer “período regulatorio”<sup>91</sup>).

---

<sup>91</sup> El art. 14.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece que los parámetros de retribución del régimen retributivo específico de las actividades de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos se fijarán por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años. En relación con el primer periodo regulatorio, la disp. adicional décima de la Ley establece su inicio en la fecha de entrada en vigor del 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 su finalización el 31 de diciembre de 2019, sucediéndose los siguientes periodos regulatorios de forma consecutiva a partir del 1 de enero de 2020. La Orden TED/171/2020, de 24 de febrero, por la que se actualizan los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a

La reforma articulada, sucesivamente, mediante las normas a las que se ha hecho anterior referencia constituye un claro paradigma del riesgo regulatorio que afecta a quienes, interviniendo en un sector regulado, han acometido en el mismo determinadas inversiones al amparo de un concreto régimen jurídico<sup>92</sup>.

En principio, quienes libremente deciden participar en cualesquiera “sectores regulados” deben ser conscientes de que desarrollan actividades sujetas a marcos regulatorios complejos unilateralmente determinados por los poderes públicos con competencias en la materia.

Así lo expresó el Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 11 de junio de 2001, que consideró que la actividad de generación eléctrica no responde “a un esquema contractual ni a otro de naturaleza concesional, sino tan sólo a la aplicación de un marco regulatorio unilateralmente determinado por los poderes públicos, en el que se insertan las relaciones y del que derivan las situaciones jurídicas de los distintos agentes que intervienen en el proceso de producción de electricidad, éstos son, o deberían ser, conscientes de que están en todo momento sujetos y vinculados a las decisiones del poder Legislativo que introduzcan modificaciones en aquel marco normativo”<sup>93</sup>.

En relación con la “doctrina sobre los cambios regulatorios”, el Alto Tribunal ha expresado que “los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica, contienen un sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares. La realidad de estos sistemas regulatorios complejos hace totalmente inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de una permanencia o inalterabilidad en el tiempo so riesgo de vulneración de los principios invocados. Antes

---

determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, a efectos de su aplicación al período regulatorio que tiene su inicio el 1 de enero de 2020.

<sup>92</sup> El riesgo regulatorio derivado de la reforma, en su conjunto, ha sido objeto de exhaustivos análisis. Entre otros, PLASENCIA SÁNCHEZ, F. (2014), “Riesgo regulatorio y energías renovables”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas Thomson Reuters; o GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2014), “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* n° 43-44.

<sup>93</sup> STS de 11 de junio de 2001, rec. 117/2000, F.J. 8°.

al contrario, la protección de los intereses generales obliga a los poderes públicos en defensa de los mismos, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica”<sup>94</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre (primera de una serie de sentencias en las que el Alto Tribunal confirma la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 9/2013), acoge la anterior doctrina y señala que la actividad de generación eléctrica es un “ámbito sujeto a un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica”<sup>95</sup>.

Todos los anteriores pronunciamientos (a los que nos referiremos más adelante *in extenso* a efectos de determinar si se ajustan o no a los límites que rodean el ejercicio de la función de regulación) ponen de manifiesto la necesidad de tener en cuenta, al acometer inversiones en sectores regulados, la posibilidad de que los poderes públicos, actuando (al menos teóricamente) en defensa del interés general, modifiquen la regulación vigente al tiempo de realizarse las inversiones con objeto de adaptarla a circunstancias sobrevenidas o a las directrices políticas que puedan existir en cada momento.

---

<sup>94</sup> STS de 16 de marzo de 2015, rec. 118/2013, con cita de la de 29 de mayo de 2013, rec. 193/2010, F.J. 10º.

<sup>95</sup> STC 270/2015, de 17 de diciembre, F.J. 7º.

### **3.3 Modificación de la regulación que presida la ejecución de negocios jurídicos celebrados con entidades del sector público.**

Surge la duda de si el riesgo regulatorio puede afectar o no a las inversiones ejecutadas al amparo de contratos u otros negocios jurídicos que puedan celebrar los entes pertenecientes al sector público (p.ej. contratos de concesión de obras públicas, concesiones demaniales u otros negocios jurídicos que permitan articular la colaboración público-privada).

Más allá de la posible existencia de normas que den cobertura a ciertos negocios jurídicos que lleven asociadas inversiones con amplios plazos de retorno<sup>96 97</sup>, lo cierto es que las inversiones ejecutadas al amparo de contratos y demás negocios jurídicos celebrados con entidades pertenecientes al sector público son, en principio, inmunes a los cambios regulatorios, toda vez que la regulación aplicable a los mismos (*lex contractu*) está constituida únicamente, además de por las normas imperativas vigentes al tiempo de su celebración, por lo pactado (*pacta sunt servanda*).

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (*ius variandi*) que incumbe al órgano de contratación y cuyo ejercicio le obliga a restablecer el equilibrio económico financiero inicial (p.ej. arts. 262 y 270 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto a la modificación de las obras en el contrato de concesión de obras públicas o art. 290, en

---

<sup>96</sup> A modo de ejemplo, el art. 14 del Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, por el que se otorga a Escal UGS, S. L., la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor», prevé que, para los supuestos de caducidad o extinción de la concesión demanial que otorga, además de la reversión de las instalaciones al Estado y “para asegurar la recuperación de la inversión realizada por los titulares, en coherencia con lo establecido en el artículo 92.1.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se compensará a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que estas continúen operativas”, salvo en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria “en cuyo caso la compensación se limitará al valor residual de las instalaciones, sin perjuicio de otras responsabilidades de la empresa concesionaria”.

<sup>97</sup> En otros ordenamientos existe la figura de los “contratos-leyes”. Es el caso del Derecho peruano que contempla la posibilidad de que se celebren “convenios de estabilidad jurídica” al amparo del artículo 1357 del Código Civil, teniendo los mismos carácter civil y no administrativo y no pudiendo ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Sobre dicha figura, vid. DANÓS ORDÓÑEZ, J.E. (2013), “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú” *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*, n.º. 46, págs. 258-269; o TORRES ÁLVAREZ, H. y FULLER CHUECA, A. (2014), “Los convenios de estabilidad jurídica como mecanismos para promover inversiones en la industria minera”, *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, n.º. 48, págs. 298-316.

cuanto a la modificación del alcance de los servicios en el contrato de concesión de servicios).

En los referidos contratos y negocios jurídicos es habitual que los riesgos que puedan afectar a su ejecución queden repartidos entre el socio público y el privado, si bien la libertad de configuración de las partes en esta materia no es absoluta, tal y como ocurre en la contratación entre particulares (art. 1255 CC), existiendo límites de índole tanto legal como contable.

Así y en cuanto a las limitaciones de naturaleza contable se refiere, las reglas del Sistema Europeo de Cuentas SEC 2010<sup>98</sup> exigen para que los activos vinculados a las operaciones de colaboración público-privada no se registren en el balance de las administraciones públicas sino en el del operador que se transfieran a este último tanto el riesgo de construcción como el de disponibilidad o el de demanda.

Respecto de los límites legales, el principio de ejecución de los contratos a riesgo y ventura del contratista es una exigencia legal que, además de poder predicarse con carácter general de todos los contratos administrativos (art. 197 de la Ley de Contratos del Sector Público), constituye un elemento esencial y definitorio de algunos tipos concretos como los de concesión de obras públicas o concesión de servicios.

En el anterior sentido, ya la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, aportaba en su exposición de motivos algunas reflexiones de interés acerca del alcance de la transferencia del riesgo y ventura al concesionario. Así, en la misma se expresaba que “reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación”. No obstante, la Ley entendía que la atribución del riesgo al privado en dicho contrato debía estar limitada adecuadamente si se pretendía atraer la participación del capital y la iniciativa privados toda vez que se trata de “un contrato de larga duración por naturaleza”, de forma que “la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio”, razón por la cual se regulaban el derecho del concesionario al mantenimiento del

---

<sup>98</sup> Reglamento (UE) n° 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, aptdo. 20.284.

equilibrio económico financiero existente al tiempo de la adjudicación, debiendo el mismo restablecerse en caso de que su ruptura obedeciera a determinadas causas tasadas. En todo caso, “la asunción de riesgo en «proporción sustancial» por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación”.

En la actualidad, el art. 14.4 de la Ley de Contratos del Sector Público señala respecto del contrato de concesión de obras públicas que “se considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”<sup>99</sup>.

En sentido similar se pronuncia el art. 15.2 de la propia Ley respecto del contrato de concesión de servicios.

Los anteriores preceptos, sin embargo, no aclaran en qué medida los concesionarios de obras públicas o de servicios (u otras entidades que celebren negocios jurídicos análogos con las entidades que forman parte del sector público) han de asumir el riesgo regulatorio y con qué extensión deben hacerlo.

Y es que las relaciones jurídicas de base convencional entabladas por los particulares con las entidades integrantes del sector público no están completamente blindadas frente a los cambios regulatorios.

Así, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de que se trate, resulta posible alterar indirectamente el régimen de derechos y obligaciones inicialmente pactado mediante normas que modifiquen la legislación definidora de dichos derechos y obligaciones con carácter retroactivo.

---

<sup>99</sup> Sobre la transmisión del riesgo operacional, vid. HUERGO LORA, A. (2017) “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa* nº. 4, págs. 31-51; SAHÚN PACHECO, R. (2019) *Riesgo operacional y servicio público*, BOE.

Igualmente resulta posible alterar el expresado régimen de derechos y obligaciones mediante la aplicación sobrevenida por los tribunales de justicia de nuevos criterios interpretativos de la normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato.

En el anterior sentido, sirvan de ejemplo tanto la previsión contenida en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas, por cuya virtud se declara que las modificaciones del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión operadas, respectivamente, por los arts. 6 y 7 del propio Real Decreto-ley<sup>100</sup> se aplican a los contratos de concesión “cualquiera que sea su fecha de adjudicación” (es decir, retroactivamente), como la modificación de la Jurisprudencia en materia de valoración del suelo expropiado destinado a la construcción de infraestructuras que sirvan para “crear ciudad”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Concretamente, su art. sexto modifica el art. 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión que pasa a expresar lo siguiente: “En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto. No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”. Por su parte, el art. séptimo modifica el art. 271 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el sentido de añadir un nuevo aptdo. 7 con la siguiente redacción: “7. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”. La aplicación retroactiva de los anteriores preceptos se ha previsto especialmente para su utilización en los procedimientos de liquidación de las sociedades concesionarias titulares de determinados contratos de concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje (“radiales”).

<sup>101</sup> Dicha Jurisprudencia, con algún precedente referido a la Ley del Suelo de 1976 (p.ej. STS de 3 de diciembre de 2002, rec. 2352/2000, con cita de la de 29 de mayo de 1999, rec. 1346/1995, señalaba que “a pesar de estar clasificado como no urbanizable el suelo de uso dotacional o para sistemas generales, su valoración, a efectos de ejecutar éstos por el sistema de expropiación debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, razón por la que el justiprecio del suelo ha de atender a la finalidad urbanística del mismo, por lo que no cabe valorar como no urbanizable aquel cuyo destino es ser urbanizado”), fue construida bajo la vigencia de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, y determinó un sustancial incremento del riesgo expropiatorio asumido por los concesionarios de determinadas autopistas de peaje. Si bien la indicada norma ordenaba valorar los terrenos con arreglo a su clasificación urbanística (art. 25: “El suelo se valorará según su clase y situación”), la Jurisprudencia, como excepción y con fundamento en el principio de equidistribución de cargas y beneficios derivados del planeamiento urbanístico (en evitación de que, por razón de su clasificación formal en los instrumentos de planeamiento, se perjudicase a los expropiados respecto de otros propietarios colindantes y beneficiados

Las normas jurídicas no tienen, en principio, eficacia retroactiva y se aplican únicamente a las relaciones jurídicas que puedan nacer tras su entrada en vigor y a sus consecuencias.

Sin embargo y con la excepción de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (cuya irretroactividad garantiza el art. 9.3 CE), nada obsta a que en las mismas se disponga lo contrario (art. 2 CC) y se puedan aplicar retroactivamente a relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor y a sus consecuencias jurídicas, incluso totalmente consumadas.

En todo caso y tratándose de relaciones de tracto sucesivo y larga duración, la principal fuente de modificaciones del régimen de derechos y obligaciones inicialmente pactado y, por ende, de riesgo regulatorio, es la aprobación de disposiciones imperativas de aplicación general.

Los contratos y negocios jurídicos que celebran las entidades que forman parte del sector público suelen abordar la cuestión del riesgo regulatorio mediante la inclusión de la denominada “cláusula de progreso”<sup>102</sup>.

---

por la expansión de la ciudad), señaló que en los casos de terrenos destinados a sistemas generales clasificados como no urbanizables o no clasificados específicamente, procedía su valoración como urbanizables siempre y cuando la infraestructura que justificase su expropiación estuviese destinada a “crear ciudad”. La anterior Jurisprudencia ha sido recientemente modificada como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 27 de mayo, del Suelo, que, para su valoración, ordena atender únicamente a la situación fáctica (art. 21.2: “El suelo se tasará en la forma establecida en los artículos siguientes, según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive. Este criterio será también de aplicación a los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, tanto si estuvieran previstos por la ordenación territorial y urbanística como si fueran de nueva creación, cuya valoración se determinará según la situación básica de los terrenos en que se sitúan o por los que discurren de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”). Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de octubre de 2015, rec. 245/14, el cambio “también afecta a los suelos que se destinen o por los que vayan a discurrir infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal (...) pues también en estos casos se atenderá a lo que la norma denomina “situación básica de los terrenos”. Y así lo dispone expresamente el art. 12.2 en su apartado segundo..... Tales previsiones normativas no permiten tomar en consideración las características de la infraestructura que justifica la expropiación ni su influencia en el desarrollo posterior de la ciudad, para atender únicamente a la situación fáctica de los servicios urbanísticos con los que cuenta la finca expropiada en el momento de su valoración, por lo que no resulta posible aplicar la jurisprudencia de sistemas generales ....., dado que ya no es posible valorar el suelo rural como si estuviera “de facto” urbanizado y contase con todos los servicios urbanísticos necesarios, por el hecho de que transcurra una infraestructura supramunicipal, con independencia de sus características y su integración en el planeamiento municipal”.

<sup>102</sup> Sobre la cláusula de progreso vid. QUINTANA LÓPEZ A. (2006), “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 131; o MEILÁN GIL, J.L. (1968), *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos.



La práctica administrativa de incluir dicha cláusula en los pliegos rectores de contratos de concesión y demás negocios jurídicos análogos ha terminado cristalizando con la inclusión en la regulación del contrato de concesión de obras públicas de una “cláusula de progreso” legal.

Así, el art. 259.4 de la Ley de Contratos del Sector Público señala que “el concesionario deberá mantener las obras de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”.

Dicho precepto prevé la transferencia *ex lege* del riesgo regulatorio al concesionario, aunque circunscribiendo dicha transferencia al ámbito del cumplimiento de la obligación de mantenimiento de las obras que aquél deba construir en virtud del contrato y únicamente en la medida en que pueda verse afectado por los cambios de la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras o de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

Dicha transferencia forma parte del riesgo y ventura asumido por el concesionario en virtud del contrato, no teniendo el mismo derecho a ser compensado en modo alguno por razón de los cambios normativos que, con el expresado alcance, puedan acaecer durante su vigencia.

Obviamente, otros cambios normativos distintos de los anteriores son asimismo posibles, surgiendo la duda de si el contratista tiene o no derecho a ser compensado por razón de los mismos.

Como se ha expresado anteriormente, la Ley 13/2003 insistió en la idea de no convertir un contrato de tan larga duración como el de concesión de obras públicas en un contrato aleatorio, lo que sucedería si el concesionario tuviera que hacer frente a todas las modificaciones normativas que, incidiendo sobre el objeto del contrato, puedan producirse durante su vigencia.

Pues bien, para intentar mantener la equivalencia de las prestaciones que está en la base de cualquier contrato, la Ley de Contratos del Sector Público contempla la obligación de restablecimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de concesión en los supuestos de *factum principis*.

Concretamente, el art. 270.1 de la misma obliga a la Administración concedente a “restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: (...) b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia el art. 290.4 de la propia norma respecto del contrato de concesión de servicios.

El *factum principis* o “hecho del príncipe”, como señala QUINTANA LÓPEZ, consiste en “la adopción por la Administración de ciertas medidas al margen del contrato, pero con repercusión negativa en las relaciones contractuales para el contratista”<sup>103</sup>.

Dichas medidas, a diferencia de lo que sucede con el *ius variandi*, se adoptan por la Administración contratante en ejercicio del poder general de *imperium*, al margen del contrato y afectando indirectamente a su contenido obligacional, de forma que resulta más gravosa para el contratista su ejecución.

La anterior regulación sobre el alcance de la transferencia del riesgo regulatorio en el seno de las relaciones de base negocial que entablen las administraciones públicas y los particulares constituye un foco de permanente conflictividad, dados los numerosos conceptos jurídicos indeterminados concurrentes.

A modo de ejemplo, el Informe 6/08 de la Abogacía del Estado analiza, por una parte, la eficacia de la “Orden Circular 18/2004”, de la Dirección General de Carreteras, sobre criterios de empleo de sistemas de protección de motociclistas, y, por otra, el Real Decreto 635/2006, de 26 de mayo, sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de la Red de Carreteras del Estado (norma que se aplica “a todos los túneles de la red de carreteras del Estado, tanto si están en servicio como si se encuentran en fase de construcción o de proyecto”).

Pues bien, respecto de la primera, concluye que no establece ni puede establecer obligación alguna para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje, ni modifica las obligaciones asumidas por éstas en sus contratos (siendo necesario para atribuirle efecto obligatorio, bien la modificación del contrato en ejercicio del *ius variandi*, bien

---

<sup>103</sup> QUINTANA LÓPEZ, T. (1986), “El anacronismo del *factum principis* en la legislación de contratos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 50, pág. 269.

“tramitar y publicar el contenido de dicha Orden Circular en la forma establecida por el artículo 40 del Reglamento Carreteras, de manera que pudiera considerarse «normativa técnica»” y, por ende, imponerse, por ejemplo, en virtud de la cláusula de progreso contractual o legal que pueda resultar de aplicación.

Y respecto de la segunda, indica que obliga a las empresas concesionarias de autopistas de peaje a cumplirla, debiendo realizar a su costa las modificaciones que, en su caso, fueran necesarias para adaptarlas a las exigencias contenidas en la misma, de forma que “a salvo lo establecido en el pliego particular de cada contrato, si la asunción de ese coste económico «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión», las concesionarias podrían reclamar del Estado la compensación que proceda para el restablecimiento del equilibrio económico”.

La conflictividad surge, en ocasiones, por el hecho de provenir la medida normativa que impone una nueva obligación al contratista de un ámbito distinto del de la administración contratante.

Así, por ejemplo, la aprobación por el Parlamento de Galicia de la Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia, supuso el establecimiento para las “personas propietarias, arrendatarias y usufructuarias de terrenos forestales y de las zonas de influencia forestal, así como titulares o concesionarias de infraestructuras públicas ubicadas en los mismos” de la “obligación de mantenerlos en condiciones que contribuyan a prevenir o evitar los incendios forestales” (art. 3.3), afectando ello a “los terrenos incluidos en la zona de dominio público” (art. 20 bis).

Si bien la anterior obligación no estaba expresamente prevista en los contratos celebrados por las sociedades concesionarias de autopistas de peaje estatales, los tribunales de justicia han entendido que “el sobre coste al que ha tenido que hacer frente la concesionaria como consecuencia de las actuaciones realizadas en cumplimiento de la referida ley autonómica no derivan de una actuación o disposición de la Administración concedente, ni puede considerarse un supuesto de *factum principis*”<sup>104</sup>.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la facultad de desistimiento unilateral del contrato reconocida en la Ley de Contratos del Sector Público a favor del concesionario

---

<sup>104</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2013, rec. 749/2010.

de obras públicas (art. 270.4) y de servicios (art. 290.6) cuando dicho contrato “resulte extraordinariamente oneroso para él como consecuencia de una de las siguientes circunstancias: a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato. b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato”, entendiéndose que dicha extraordinaria onerosidad se produce “cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5% del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar”.

El ejercicio de la anterior facultad de desistimiento unilateral, que hace ineficaz el principio *pacta sunt servanda*, además de no resultar posible en caso de que la disposición general posterior a la formalización del contrato sea aprobada por la propia Administración concedente (supuesto que, se entiende, podría dar lugar, en su caso, a la correspondiente modificación contractual con restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato debida a un supuesto de *factum principis*), no va acompañado del derecho a una indemnización por razón del valor neto contable de las inversiones realizadas, lo que, atendido el deber de reversión de los bienes objeto de la concesión a favor de la entidad concedente al tiempo de extinción, pone en entredicho su virtualidad misma.

#### **IV.- EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN CUANTO LÍMITE DEL RIESGO REGULATORIO.**

El concepto de riesgo regulatorio descansa sobre la interacción de dos elementos interrelacionados y en ocasiones contrapuestos: la potestad que corresponde a los Estados de innovar el ordenamiento jurídico en beneficio del interés general, por una parte, y el derecho individual a la propiedad privada, por otra.

El reconocimiento y la protección, con mayor o menor amplitud, de ambos elementos está en la base del nacimiento y desarrollo de cualquier sociedad política.

La relación entre uno y otro ha sido objeto de particular atención tanto en los procesos de elaboración de las constituciones de los Estados modernos como en los de la codificación de los derechos humanos en la esfera internacional.

En el presente capítulo se realiza un breve análisis del reconocimiento y de la protección del derecho de propiedad privada en cuanto derecho fundamental tanto por el Derecho constitucional comparado, con particular referencia a la doctrina de las “*regulatory takings*” elaborada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, como por el Derecho internacional de los derechos humanos y, específicamente, por el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

#### 4.1 El derecho de propiedad privada en el Derecho constitucional comparado.

El derecho de propiedad privada ha sido históricamente reconocido y protegido no solo por el Derecho privado<sup>105</sup> sino, además, por las constituciones políticas de muy distintos Estados integrantes de la comunidad internacional<sup>106</sup>, debiendo destacarse su temprana recepción por las promulgadas tras las revoluciones francesa y estadounidense.

En cuanto a la primera, el derecho de propiedad privada fue incluido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789, que sigue incorporada a la Constitución francesa en vigor (la de 4 de octubre de 1958).

Dicha Declaración, tras señalar (preámbulo) que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos y que la declaración solemne de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre debe recordar sin cesar a todos los miembros del cuerpo social sus derechos y sus deberes para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en principios simples e indiscutibles redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”<sup>107</sup> y afirmar (art. 2) que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, derechos que son “la libertad, la propiedad, la seguridad y

---

<sup>105</sup> BARTOLO definió el *dominium* (Comentario Digesto 41, 2, 17, 1) como “*ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat*”. Por su parte, el art. 544 del Código Civil francés incorpora una concepción absoluta del derecho de propiedad privada al indicar que “*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Y nuestro CC se refiere a la propiedad en su art. 348 como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

<sup>106</sup> El mismo ha sido reconocido incluso en regímenes comunistas como China (desde 2007). Vid. HOFMAN, B. (2018), “40 años de reformas en China”, *Política exterior*, Vol. 32, nº 186, págs. 122-135.

<sup>107</sup> “*Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous*”.

la resistencia a la opresión”<sup>108</sup>, regula el “derecho de propiedad” (art. 17), indicando que por ser un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que exista una justa y previa indemnización<sup>109</sup>.

Por su parte, la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense de 1787 (ratificada en 1791 como parte de la Carta de Derechos de los Estados Unidos<sup>110</sup>) afirma que “no se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa compensación”<sup>111</sup>.

Como complemento del anterior precepto, la Decimocuarta Enmienda (ratificada en 1868) señala que “tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso legal”<sup>112</sup>.

El Derecho estadounidense ha afrontado el problema relativo a la delimitación entre el derecho de la propiedad privada y la potestad del Estado de regular en beneficio del interés general en un conjunto de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación de las referidas enmiendas.

Pese a la ausencia de toda referencia en la Decimocuarta Enmienda al derecho a una compensación, los Estados están obligados a satisfacerla a aquellos a quienes expropian sus bienes o derechos, bien por así disponerlo las respectivas constituciones estatales, bien (en ausencia de previsión al respecto) como parte de su deber de garantizar el debido proceso legal (*due process of law*).

Las anteriores enmiendas fueron introducidas en la Constitución de los Estados Unidos para evitar que el Gobierno obligara a determinadas personas a soportar en

---

<sup>108</sup> “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*”.

<sup>109</sup> “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”.

<sup>110</sup> La Carta de Derechos de los Estados Unidos es el nombre otorgado a las primeras diez enmiendas de la Constitución de Estados Unidos aprobadas el 15 de diciembre de 1791. Conjuntamente forman el denominado *Bill of Rights*. Si bien inicialmente su ámbito de aplicación quedó limitado al Gobierno Federal y a los tribunales federales, gracias a la Decimocuarta Enmienda, ratificada el 9 de julio de 1868, se amplió el ámbito de aplicación de la mayor parte de dichas enmiendas al gobierno de cada Estado y a los tribunales estatales mediante el denominado proceso de incorporación (basado en la cláusula del “debido proceso legal” contenida en la misma).

<sup>111</sup> “*Nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

<sup>112</sup> “*No State shall deprive any person of life, liberty or property without due process of law*”

solitario cargas públicas que, en justicia, debían ser soportadas por la generalidad de los ciudadanos (al concurrir en su establecimiento un *public use*), previendo la satisfacción a aquéllas de una justa compensación<sup>113</sup>.

Sin perjuicio de la aplicación de las expresadas enmiendas a los supuestos de expropiaciones directas (*expropriations*), el Tribunal Supremo estadounidense ha considerado que deben aplicarse igualmente en todos aquellos otros en los que las acciones del Gobierno, pese a no implicar una transferencia formal de la propiedad privada, condicionan su uso de una manera equivalente (*regulatory takings* o, simplemente, *takings*), examinando para ello la naturaleza de dichas acciones, sus efectos sobre el valor económico de la propiedad y la medida en que la acción del gobierno interfiere con las expectativas razonables y respaldadas por la inversión del propietario.

Sobre la base de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>114</sup> ha construido diversos criterios para analizar aquellas actuaciones de los poderes públicos con incidencia sobre el derecho de propiedad privada, criterios que ponen de manifiesto dos concepciones de la propiedad privada diversas: La que considera que el derecho de propiedad es el resultado del trabajo y, en cuanto tal, constituye un derecho natural que ha de protegerse atendida su naturaleza preexistente y prepolítica (concepción liberal) y la que atribuye a la propiedad privada una función utilitaria, en la medida en que constituye un instrumento para maximizar el bienestar social al permitir a las personas tener expectativas acerca del disfrute futuro de los productos, obedeciendo su protección a la necesidad de asegurar la independencia de los ciudadanos (concepción republicana).

La jurisprudencia dominante durante la primera parte del siglo XIX partía de entender que la capacidad del legislador para innovar el ordenamiento jurídico estaba

---

<sup>113</sup> En estos términos se pronuncia la sentencia del caso *Armstrong v. United States*, 360 US 40 (1960): “*The Fifth Amendment's guarantees that private property shall not be taken for a public use without just compensation was designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole*”.

<sup>114</sup> Como señala STERK, la resolución de los asuntos en los que se discute la existencia de “*takings*” corresponde habitualmente a las autoridades y tribunales estatales y locales, limitándose el Tribunal Supremo al conocimiento de aquellos supuestos de regulaciones imputables a autoridades federales y al establecimiento de criterios que permitan a los tribunales inferiores resolver los casos de que conozcan. Vid. STERK, S.E., (2004), “*The Federalist Dimension of Regulatory Takings Jurisprudence*”, *Yale Law Journal*. 114, pág. 207.



limitada por los derechos adquiridos (*vested rights*) al amparo bien de normas bien de contratos preexistentes.

Sin embargo y como señala BRAUNEIS<sup>115</sup>, ya a finales de dicho siglo el Tribunal Supremo estadounidense comenzó a matizar la doctrina de los derechos adquiridos al amparo de la cláusula de *due process of law* contenida en la Decimocuarta Enmienda.

Así, en el asunto *Mugler v. Kansas* (1887)<sup>116</sup>, en el que se analizó la prohibición de la producción, comercialización y consumo de alcohol decretada en el Estado de Kansas (los productores de alcohol de dicho Estado entendieron que la anterior prohibición violentaba la cláusula de debido proceso legal al abrogar sus derechos adquiridos y violentar sus derechos de propiedad y de libertad constitucionalmente garantizados), el Tribunal Supremo afirmó que “el principio de debido proceso legal no puede entenderse incompatible con el principio igualmente vital, atendido su carácter esencial para la paz y la seguridad de la sociedad, de que toda propiedad se tiene bajo la obligación implícita de que su uso por el propietario no puede ser perjudicial para la comunidad”<sup>117</sup> y que “la prohibición del uso de la propiedad para fines declarados por la legislación vigente como perjudiciales para la salud, la moral o la seguridad pública no puede considerarse apropiación de bienes por causa de utilidad pública. Dicha legislación no impide al titular el control o el uso de sus bienes con fines lícitos, ni restringe su derecho a disponer de los mismos, siendo tan solo una declaración del Estado de que su uso por parte de cualquier persona, para ciertos fines prohibidos es perjudicial para los intereses públicos”<sup>118</sup>.

Para el Tribunal Supremo lo esencial pasa a ser el análisis de si la norma en cuestión se dirige o no a evitar un daño a la comunidad; de tener dicha finalidad tuitiva, se

---

<sup>115</sup> BRAUNEIS, R. (1996) “The Foundation of Our 'Regulatory Takings' Jurisprudence: The Myth and Meaning of Justice Holmes's Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*”, *Yale Law Journal*. 106, pág. 627.

<sup>116</sup> *Mugler v. Kansas*, 123 US 623 (1887).

<sup>117</sup> “The principle that no person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law was embodied, in substance, in the constitutions of nearly all, if not all, of the States at the time of the adoption of the Fourteenth Amendment, and it has never been regarded as incompatible with the principle, equally vital because essential to the peace and safety of society, that all property in this country is held under the implied obligation that the owner's use of it shall not be injurious to the community”.

<sup>118</sup> “A prohibition simply upon the use of property for purposes that are declared by valid legislation to be injurious to health, morals, or safety of the community, cannot in any just sense be deemed a taking or an appropriation of property for the public benefit. Such legislation does not disturb the owner in the control or use of his property for lawful purposes, nor restrict his right to dispose of it, but is only a declaration by the State that its use by any one for certain forbidden purposes is prejudicial to the public interests”.

entenderá que la misma está incluida en el ámbito de los poderes de policía del Estado (los destinados a proteger la seguridad, la salud y la moral de la comunidad).

En relación con lo anterior, el hecho de que el Estado no prohíba una concreta actividad en un momento determinado no implica que esté dando algún tipo de garantía para su realización o de que asuma la obligación de mantener inalterada una determinada norma<sup>119</sup>. Además, los cambios ulteriores de las circunstancias pueden hacer necesarias nuevas modificaciones de la norma, que podrían perjudicar o beneficiar a quienes desarrollen actividades a su amparo<sup>120</sup>.

Es decir, bajo la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo se pasó a considerar que aquellas modificaciones legales presididas por el interés general -como puedan serlo las que tienen como objetivo la protección de la salud, de la moral o de la seguridad del conjunto de la comunidad- no tenían la condición de *takings*, no generando obligación alguna de compensación a cargo de los poderes públicos.

Dicha jurisprudencia pasó a dibujar una suerte de frontera mutable entre el derecho de propiedad privada y los poderes de policía del Estado.

Como indica BRAUNEIS, “*property and liberty were defined independently of standing law, in terms of an ideal boundary between owner and community that defined the limits of the police power*”<sup>121</sup>.

En el caso *Pensylvania Coal Co. v. Mahon* (1922)<sup>122</sup>, el Tribunal Supremo analizó el conflicto provocado por la prohibición por el Estado de Pensylvania (*Kholer Act*) de la minería de carbón subterránea en zonas urbanas para evitar la causación de daños personales o materiales como consecuencia de las posibles subsidencias (la compañía entendió que la expresada norma era inconstitucional a la luz de los contratos previamente celebrados y de los derechos de propiedad preexistentes).

---

<sup>119</sup> “*When the defendants in these cases purchased or erected their breweries, the laws of the State did not forbid the manufacture of intoxicating liquors. But the State did not thereby give any assurance, or come under an obligation, that its legislation upon that subject would remain unchanged*”

<sup>120</sup> “*The supervision of the public health and the public morals is a governmental power, "continuing in its nature" and "to be dealt with as the special exigencies of the moment may require"*”.

<sup>121</sup> BRAUNEIS, R. (1996), *Op. cit.* pág. 630.

<sup>122</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 US 393 (1922). Este asunto y su significación se analizan detalladamente en BRAUNEIS R. (1996), *Op. cit.*

En la sentencia que puso término al caso, el Juez HOLMES, tras admitir que la norma discutida “destruye los derechos contractuales y de propiedad preexistentes” y señalar que la cuestión es determinar “hasta dónde extienden los poderes de policía”<sup>123</sup>, expresó su parecer afirmando que “algunos valores se disfrutan bajo una limitación implícita y deben ceder ante los poderes de policía, aunque dicha limitación debe tener sus límites por así exigirlo los derechos bajo el contrato o el debido proceso legal”<sup>124</sup> y que “mientras que la propiedad puede ser regulada en cierta medida, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una apropiación”<sup>125</sup>.

Para el Juez HOLMES, la medida en que una modificación regulatoria tenga o no naturaleza expropiatoria es una cuestión de grado (*a question of degree*), debiendo velarse por la búsqueda de un correcto equilibrio, toda vez que la cuestión que subyace en el fondo es la de quién debe soportar las pérdidas asociadas a los cambios que introduzca una determinada regulación<sup>126</sup>, dado que “no está claro que las desgracias o necesidades de un hombre justifiquen que transfiera los daños a los hombros de su vecino”<sup>127</sup>.

En aplicación de la anterior doctrina, el Tribunal Supremo estadounidense entiende que el que los propietarios optaran por asumir el riesgo de adquirir únicamente derechos de superficie (y no el pleno dominio) “no permite ver que el hecho de que su riesgo se haya convertido en un peligro justifique que se les otorguen mayores derechos de los que compraron”<sup>128</sup>.

El Tribunal Supremo dio un nuevo giro a su doctrina sobre las *regulatory takings* en la controvertida sentencia dictada en el asunto *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (1992)<sup>129</sup>, en la que se analizaron determinadas limitaciones impuestas por el

---

<sup>123</sup> “The statute is admitted to destroy previously existing rights of property and contract. The question is whether the police power can be stretched so far”.

<sup>124</sup> “Some values are enjoyed under an implied limitation, and must yield to the police power. But obviously the implied limitation must have its limits, or the contract and due process clauses are gone”.

<sup>125</sup> “While property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”.

<sup>126</sup> “The question at bottom is upon whom the loss of the changes desired should fall”.

<sup>127</sup> “It is not plain that a man's misfortunes or necessities will justify his shifting the damages to his neighbor's shoulders”.

<sup>128</sup> “We cannot see that the fact that their risk has become a danger warrants the giving to them greater rights than they bought”.

<sup>129</sup> *Lucas v. S.C. Coastal Council*, 505 U.S. (1992).

Estado de Carolina del Sur con la finalidad de preservar ciertas zonas costeras de especial valor ecológico (a través de la *Beachfront Management Act*).

Concretamente, la citada norma prohibió la construcción de nuevas edificaciones en determinadas áreas, privando con ello de valor a los terrenos de propiedad privada existentes en ellas.

El Juez SCALIA, por la mayoría, afirmó que “cuando el propietario de bienes inmuebles ha sido llamado a sacrificar todos los usos económicamente beneficiosos en nombre del bien común, es decir, dejar su propiedad económicamente sin contenido, ha sufrido una apropiación”<sup>130</sup>.

El anterior criterio cuantitativo fue duramente criticado por los jueces BLACKMUN y STEVENS, que consideraron en un voto particular que la regulación del uso del suelo, aun cuando pueda privar por completo de contenido económico al derecho de propiedad, no tiene por qué constituir en todo caso una *taking* (compensable), pudiendo estar justificada por razones de salud, de seguridad, de moral o de bienestar de la comunidad (en el caso concreto, la protección de la población y de la propiedad frente a los temporales, las mareas altas y la erosión marina). Además, los jueces disidentes entendieron que dicho criterio era arbitrario y podía tener un “efecto llamada” no deseado<sup>131</sup>.

La Jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo estadounidense en torno a las *regulatory takings* está, desde luego, presidida por un acusado casuismo, siendo difícil determinar con arreglo a la misma “en qué grado” la actuación de una autoridad local, estatal o federal ha podido ir “demasiado lejos” y dejar vacío de contenido el derecho privado de propiedad, supuesto en el que dicha actuación podría entenderse no como una delimitación no indemnizable de dicho derecho sino como una *taking* sujeta a justa compensación.

---

<sup>130</sup> “When the owner of real property has been called upon to sacrifice all economically beneficial uses in the name of the common good, that is, to leave his property economically idle, he has suffered a taking”.

<sup>131</sup> Así, afirman que “the Court's new rule is wholly arbitrary. A landowner whose property is diminished in value 95% recovers nothing, while an owner whose property is diminished 100% recovers the land's full value” o que “developers and investors may market specialized estates to take advantage of the Court's new rule”.

Como indica el Juez STEVENS en el voto particular formulado en la sentencia del asunto *Nollan v. California Coastal Commission*<sup>132</sup>, “*local governments and officials must pay the price for the necessarily vague standards in this area of the law*”. Y es que “*even the wisest lawyers would have to acknowledge great uncertainty about the scope of this Court’s takings jurisprudence*”.

---

<sup>132</sup> *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987).

## 4.2 El derecho de propiedad privada en la CE

La Constitución Española, además de regular el ejercicio de los poderes del Estado en cuanto emanación de la soberanía nacional, tal y como dispone su art. 1.2, reconoce en el art. 33 tanto el derecho de propiedad privada como la garantía expropiatoria:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

El anterior precepto, ubicado sistemáticamente en la Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, relativa a los “derechos y deberes de los ciudadanos”<sup>133</sup>, reconoce la propiedad privada no como un derecho absoluto, limitado únicamente por el reconocimiento de otros derechos individuales que puedan entrar en conflicto con el mismo (concepción liberal que encuentra su plasmación en el art. 348 CC), sino como un derecho estatutario o de configuración legal<sup>134</sup>, cuyo concreto contenido ha de delimitarse en virtud de su “función social” y “de acuerdo con las leyes”.

La “función social”<sup>135</sup> no opera como mero límite externo del derecho de propiedad sino como una parte del mismo, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 37/1987, de 26 de marzo):

---

<sup>133</sup> El derecho de propiedad privada no es, por lo tanto, uno de los “derechos fundamentales y libertades públicas” previstos en la Sección 1ª del propio Capítulo. El mismo no es susceptible de ser tutelado a través del “procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (art. 53.2 CE).

<sup>134</sup> Sobre el carácter estatutario del derecho de propiedad vid. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011), “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria: o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, nº 185, págs. 9-47; BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1989) “La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119; BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1995), “El derecho a la propiedad en la Constitución española de 1978”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.) *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas; LÓPEZ CÁNOVAS, A. (2015), *La propiedad privada inmobiliaria: bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, Aranzadi; MUÑOZ MACHADO, S. (1988) “El planeamiento urbanístico”, en *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, Civitas, págs. 1728 y ss.

<sup>135</sup> Vid. COLINA GAREA, R. (1997), *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, o MUÑOZ GUIJOSA, M.A. (2009), *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Thomson-Reuters.

“La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición, sino como parte integrante del derecho mismo”.

La anterior concepción del derecho de propiedad ha terminado generalizándose<sup>136</sup>, según puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, en la que, después de señalar que “el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de una economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole”, expresa que:

“[L]a progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”<sup>137</sup>.

Y continúa el Tribunal afirmando que los distintos tipos de propiedades están modulados, precisamente, por su respectiva “función social”. En ese sentido, el mismo señala que la Constitución:

“[N]o ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen

---

<sup>136</sup> Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (2008) “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, pág. 1782. Dicho autor señala que la jurisprudencia constitucional generaliza la concepción estatutaria de la propiedad privada propia del ámbito urbanístico, al albur de las ideas predominantes en Europa acerca de la “funcionalización social” del derecho a la propiedad, es decir, el entendimiento de que la función social de la propiedad delimita el contenido mismo del derecho de propiedad.

<sup>137</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre, F.J. 7º.

inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”<sup>138</sup>.

El Tribunal Supremo ha acogido en su Jurisprudencia la concepción estatutaria del derecho de propiedad, habiendo afirmado (SSTS de 29 de abril de 1998, rec. 4593/1992, o 1 de octubre de 2001, rec. 1225/1997), en relación con la propiedad del suelo urbano, que:

“[E]l art. 87 de la Ley del Suelo configura el derecho de propiedad como un derecho estatutario, considerando las limitaciones impuestas como definidoras del contenido normal del dominio, y siendo su contenido en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo lícita la modificación del planeamiento, sin que la misma por regla general dé derecho a indemnización; y ello porque no puede hablarse de derechos adquiridos frente a un planeamiento nuevo, porque estos han de ceder ante el interés general; de suerte que solo se tendrá derecho a indemnización, y con carácter excepcional en los casos expresamente previstos en el art. 87.2 de la Ley del Suelo, del que se deduce que solo habrá derecho a indemnización cuando la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones, se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquellos si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración”.

En todo caso, la modificación del estatuto jurídico de la propiedad para cada categoría de bienes y derechos como consecuencia de la aprobación de leyes y otras normas jurídicas o de su aplicación e interpretación ha de respetar la existencia de un “contenido esencial” de aquel derecho constitucionalmente garantizado e inmune a la acción del legislador<sup>139</sup>.

Como indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/2004, de 18 de noviembre, “al derecho a la propiedad privada le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE”<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>139</sup> Como señala FREIXES SANJUÁN, “las lecciones que la historia contiene evidencian suficientes precedentes como para justificar la introducción de cláusulas de salvaguarda en los derechos fundamentales, precisamente para evitar que los derechos que las constituciones pretenden garantizar puedan ser destruidos por la acción del legislador, por más que éste represente a la opción mayoritariamente elegida”. FREIXES SANJUÁN, T. (2001), *Temas básicos de Derecho Constitucional, T.III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales)*, Civitas, pág. 130.

<sup>140</sup> STC 204/2004, de 18 de noviembre, F.J. 5º.



En su Sentencia 11/1981, de 8 de abril, el Tribunal Constitucional expone, con carácter general, cómo identificar el “contenido esencial” de un derecho fundamental, afirmando que para lograrlo cabe seguir dos caminos<sup>141</sup>.

El primero es “tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”, dado que “muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto”, de forma que “el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”, pudiendo los especialistas en Derecho “responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”. Con arreglo a este camino, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”. Todo ello “referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

En cuanto al segundo de los caminos, consiste en “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”, pudiéndose hablar de una “esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”, de forma que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

---

<sup>141</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 8º.

A juicio del Tribunal Constitucional los dos caminos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo “no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

Al margen del carácter esencialmente metajurídico de los criterios que el Tribunal Constitucional ofrece en su Sentencia 11/1981 para determinar el “contenido esencial” de cualquier derecho fundamental, tratándose del derecho de propiedad ha especificado que dicho contenido esencial resulta afectado cuando la norma impone una “pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica” del bien<sup>142</sup> o cuando las obligaciones y cargas establecidas son “susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad”<sup>143</sup>.

La imprecisa determinación de cuál deba ser el “contenido esencial” del derecho de propiedad unida al reconocimiento de su “función social” como límite externo cuya determinación se encomienda al legislador, ha propiciado en la práctica una importante incertidumbre acerca de cuál sea el alcance mismo de dicho derecho en la Constitución.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO considera que “la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial”, siendo el contenido esencial “el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social”<sup>144</sup>.

Para AGUDO GONZÁLEZ, el verdadero y definitivo “contenido esencial” del derecho de propiedad desde un plano subjetivo “no es necesariamente ningún haz de facultades,

---

<sup>142</sup> STC 89/1994, de 17 de marzo, F.J. 5º. En dicha Sentencia se analiza la conformidad con el art. 33 CE del art. 57 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por el Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, precepto que establecía una prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario del plazo de vigencia del contrato.

<sup>143</sup> STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 34º. En la misma se analiza la conformidad con el art. 33 CE del art. 246.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana y relativo a las órdenes de ejecución de obras de conservación por razones turísticas o culturales, previéndose que las mismas fueran a costa de los propietarios si se contuvieran en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la entidad ordenante cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general.

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2008) “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pág. 159.

ni siquiera el ejercicio rentable de esas facultades, sino que en última instancia la utilidad individual del propietario sencillamente se concreta en la rentabilidad *in genere* de la apropiación”. A juicio de dicho autor y dado que “la rentabilidad no lleva aparejada forzosamente una correspondencia con una serie de facultades mínimas activas, sucede que esa rentabilidad no necesariamente es una rentabilidad actual y materializable, es decir, una rentabilidad deducible del uso, disfrute o aprovechamiento del bien. Muy al contrario, en los casos más controvertidos de la jurisprudencia constitucional esa rentabilidad se manifiesta como una rentabilidad potencial, cuya verdadera materialización se traslada o bien a la facultad de disposición del propietario (mediante la disposición forzada por las gravosas limitaciones impuestas al ejercicio de las facultades del titular), o bien se identifica incluso con el equivalente económico inherente a la garantía expropiatoria (privación total o parcial)”<sup>145</sup>.

A juicio de dicho autor y a diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales, “la propiedad representaría un caso especial, pues no toda intervención que afectase al contenido esencial del derecho resultaría ser inconstitucional. Sólo lo sería si esa actuación no tuviera en cuenta las exigencias del art. 33.3 CE”<sup>146</sup>.

La delimitación legal del alcance del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes y derechos en la luz de su concreta “función social” debe, en todo caso, respetar tanto su “contenido esencial” (art. 53.2 CE) como los límites que imponen la garantía expropiatoria y, en último término, el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

En cuanto a dichos límites, la garantía expropiatoria aparece recogida en el art. 33.3 CE. De conformidad con dicho precepto, “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

Según ha afirmado el Tribunal Constitucional “la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los «bienes y derechos individuales»,

---

<sup>145</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011), “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, pág. 16.

<sup>146</sup> AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011), *Op. cit.* pág. 18.

es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial”<sup>147</sup>.

Las “medidas ablatorias” del derecho de propiedad privada a que se refiere el Tribunal Constitucional abarcan no solo las expropiaciones directas (con transferencia formal del derecho a favor de la Administración expropiante o beneficiario del bien o derecho de que se trate) sino, asimismo, las “medidas de efecto equivalente a la expropiación” o “expropiaciones indirectas” (en las que dicha transferencia formal no tiene lugar pero que dejan desprovisto de contenido el derecho de propiedad privada).

Es indudable que los poderes públicos pueden modificar libremente el marco regulador concretamente aplicable a determinados bienes o actividades, pudiendo la modificación de dicho marco lesionar el derecho de propiedad privada e irrogar perjuicios a los particulares.

Mientras algunas de esas medidas ablatorias tienen carácter expropiatorio (tienen la condición de expropiaciones indirectas o medidas de efecto equivalente a la expropiación) y deben ir acompañadas de la correspondiente indemnización, otras constituyen meras “delimitaciones de la propiedad no indemnizables”<sup>148</sup>.

En el anterior sentido, el Tribunal Constitucional (p.ej. Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre) ha diferenciado entre “expropiación” (“privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”) y “regulación general del contenido de un derecho” que, en principio, no es indemnizable, aunque puede tener naturaleza expropiatoria cuando desconozca el “contenido esencial” del correspondiente derecho. Y es que:

“[L]a delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de

---

<sup>147</sup> STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 11º.

<sup>148</sup> DOMÉNECH PASCUAL realiza un exhaustivo estudio de distintos criterios doctrinales y jurisprudenciales que permiten distinguir entre la expropiación y la delimitación del derecho de propiedad no indemnizable. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2012), “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret* 1/2012 ([http://www.indret.com/pdf/877\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/877_es.pdf), a. 1/6/2021).

situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”<sup>149</sup>.

Obviamente, la aplicación de la anterior distinción, según hemos expuesto, se enfrenta a la imprecisión misma del concepto “contenido esencial” del derecho de propiedad privada.

El riesgo regulatorio que cualquier inversión lleva asociado, por lo tanto, consiste no tanto en la eventualidad de que sobrevenidamente se modifique el marco jurídico aplicable a la misma, como en la de que el regulador o, en su caso, los tribunales de justicia entiendan que dicha modificación, no obstante los perjuicios que pueda irrogar a los inversores, constituye una mera delimitación del derecho de propiedad que no ha de ir acompañada de compensación alguna a su favor o que ha de ir acompañada de una compensación inadecuada o de difícil realización.

En algunos supuestos (los menos), el legislador atribuye carácter expropiatorio a determinadas modificaciones del marco regulatorio y contempla el derecho a una compensación, a determinar con arreglo a lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa<sup>150</sup>; en otros, contrariamente, excluye expresamente dicho carácter y la correspondiente indemnización<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 11º.

<sup>150</sup> El Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, prevé en su art. 65.3 que en el caso previsto en su aptdo. 1.c) (revisión de concesiones para su adaptación a lo que resulte de los planes hidrológicos), “el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa”. También el art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Suelo y Rehabilitación Urbana, contempla los siguientes “supuestos indemnizatorios”: “a) la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración (...) b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa. c) La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística. d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. e) La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el período de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa (...)”.

<sup>151</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, después de señalar en el aptdo. 4 de su

Sin perjuicio de que las anteriores previsiones legales no permiten sentar ninguna conclusión con carácter general, es obvio que su conformidad a Derecho debe ser analizada por los tribunales de justicia a la luz de los límites que puedan establecer normas de carácter suprallegal como la Constitución, el Derecho de la Unión Europea o los tratados internacionales.

Aunque los tribunales españoles han analizado con relativa frecuencia la cuestión del riesgo regulatorio y su incidencia sobre la inversión<sup>152</sup>, la doctrina que los mismos han establecido (particularmente, en relación con la reforma del marco regulatorio de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología renovable) no es coherente con algunas normas de carácter suprallegal que abordan el problema de la relación entre el derecho de los Estados a regular y la protección del derecho de propiedad privada, según se expondrá en los capítulos siguientes del presente trabajo.

---

art. 26 que la autorización ambiental integrada “será revisada de oficio cuando: a) La contaminación producida por la instalación haga conveniente la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos. b) Resulte posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costes excesivos a consecuencia de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles. c) La seguridad de funcionamiento del proceso o actividad haga necesario emplear otras técnicas. d) El organismo de cuenca, conforme a lo establecido en la legislación de aguas, estime que existen circunstancias que justifiquen la revisión de la autorización ambiental integrada en lo relativo a vertidos al dominio público hidráulico de cuencas gestionadas por la Administración General del Estado (...) e) Así lo exija la legislación sectorial que resulte de aplicación a la instalación o sea necesario cumplir normas nuevas o revisadas de calidad ambiental en virtud del artículo 22.3”, indica en su aptdo. 5 que “la revisión de la autorización ambiental integrada no dará derecho a indemnización”.

<sup>152</sup> Entre otras muchas, SSTS de 16 de noviembre de 2015, rec. 884/2014, 1 de abril de 2015, rec. 78/2013 o 18 de diciembre de 2013, rec. 765/2011.

### **4.3. Los sistemas internacionales de protección del derecho de propiedad en cuanto derecho humano**

Frente a la pronta recepción del derecho de propiedad privada por muy diversas constituciones en términos idénticos o parecidos a los expuestos en el capítulo anterior<sup>153</sup>, cabe destacar el tardío reconocimiento de dicho derecho en el ámbito del Derecho internacional, producido con la codificación de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial.

El primer reconocimiento internacional del derecho de propiedad privada lo constituye, efectivamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas (“ONU”).

El art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco “con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos (...)”, mandata a la Organización para promover “a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Y el art. 56 de la propia Carta recoge el compromiso de todos los Estados Miembros de “tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

Las anteriores disposiciones consagraron verdaderas obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto para la ONU como para los Estados que la integran, habiendo servido las mismas de base para la progresiva internacionalización de los referidos derechos, dejando de quedar su protección reservada exclusivamente a las autoridades estatales (en su caso) para producirse igualmente en el plano internacional.

---

<sup>153</sup> Vid., por ejemplo, PEÑAILLO ARÉVALO, S. (2014), “La regulación constitucional de la propiedad en el Derecho Comparado”, *Revista de Derecho* nº 235-236, págs. 7-24.

Y es que, como señala CARRILLO SALCEDO, el reconocimiento y la protección de los derechos humanos ha ido progresivamente dejando de ser una materia esencialmente inherente a la jurisdicción interna de los Estados (art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas) convirtiéndose en una materia “de interés internacional”<sup>154</sup>.

Pues bien, en cumplimiento de las anteriores previsiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en París el 10 de diciembre de 1948 (Resolución 217 A, III período de sesiones) aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 17 expresa que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

Se trata el anterior, indudablemente, de un texto de compromiso (que pone de manifiesto las visiones antagónicas del derecho de propiedad existentes al tiempo de su aprobación entre los países occidentales o capitalistas y los pertenecientes al bloque comunista) y, por ende, limitado, aunque es indudable su gran relevancia en cuanto primer reconocimiento universal del derecho de propiedad que obliga a los Estados miembros a reconocerlo y a protegerlo.

Aunque desde el punto de vista jurídico la Declaración Universal de Derechos Humanos es una mera “resolución” de la Asamblea General de las Naciones Unidas y, en cuanto tal, está desprovista *per se* de eficacia jurídico vinculante para los Estados miembros de dicha organización internacional, es indudable la influencia que ha tenido en los procesos de elaboración de muy diversas constituciones y en la aplicación ordinaria de las mismas.

Sin ir más lejos, el art. 10.2 CE atribuye eficacia jurídica a dicha Declaración, al establecer que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que

---

<sup>154</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. (2004), *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, 2ª Ed., pág. 42. Vid. también, ABELLÁN HONRUBIA, V. (1997), “Internacionalización del concepto y del contenido de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos, camino hacia la paz: Seminario de Investigación para la Paz*, págs. 15-28; CARRILLO SALCEDO, J.A. (1999), “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II): Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI: seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*, págs. 47-76; PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1999), “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (I): Plano universal: La obra de las Naciones Unidas”, en *Consolidación (...) Op. cit.*, págs. 35-46; PÉREZ VOITURIEZ, A. (2000), “Doble sentido de la internacionalización de la protección de los derechos humanos”, en *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio. 9 a 11 de junio de 1999*, págs. 113-134.



la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (...).”.

En todo caso, han sido diversos los intentos dirigidos a establecer mecanismos de protección de los derechos que la Declaración reconoce.

Dentro del ámbito de la ONU, la Declaración de 8 de marzo de 1999 sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades universalmente reconocidos, aprobada por Resolución de la Asamblea General 53/144, indica en su art. 9 que, en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos” (apdo. 1), lo que, en caso de presunta violación de los mismos, incluye el “derecho, bien por sí misma o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial y competente o cualquier otra autoridad establecida por la ley y a que esa denuncia sea examinada rápidamente en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida” (apdo. 2).

Igualmente, se reconoce el derecho de toda persona, individual o colectivamente, a: “a) Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas o ante cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, las cuales deben emitir su decisión sobre la denuncia sin demora indebida; b) Asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables; c) Ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales” (apdo. 3), así como, “de conformidad con los instrumentos y procedimientos internacionales aplicables, a dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y

examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos” (apdo. 4).

Por su parte, “el Estado realizará una investigación rápida e imparcial o adoptará las medidas necesarias para que se lleve a cabo una indagación cuando existan motivos razonables para creer que se ha producido una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier territorio sometido a su jurisdicción” (apdo. 5).

El reconocimiento y la protección de la propiedad en el ámbito internacional no solo se ha producido en el seno de la ONU, sino que, adicionalmente, se han aprobado declaraciones de derechos humanos a escala regional que han recogido el derecho a la propiedad privada, contemplándose en las mismas diversos mecanismos dirigidos a garantizar su efectividad.

En el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como “Pacto de San José”) fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978<sup>155</sup>.

La Convención, después de señalar en su art. 1 que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)” (especificando que persona, a los efectos de la Convención, es todo “ser humano”), reconoce en su art. 21 el derecho de toda persona al “uso y goce de sus bienes”, indicando que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” y que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Adicionalmente, el art. 2 del Pacto de San José establece que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar,

---

<sup>155</sup> Son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los siguientes Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (si bien Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención con posterioridad a su adhesión).

con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>156</sup>.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, pudiendo a tal efecto formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados Parte, preparar estudios e informes en materia de derechos humanos o solicitarlos a los gobiernos de dichos Estados, atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”), le formulen

---

<sup>156</sup> Sobre la base del anterior precepto se ha construido una de las principales aportaciones del sistema americano de protección de los derechos humanos: el llamado “control de convencionalidad difuso”.

En el anterior sentido, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, F.J. 124º, señala que “la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Más recientemente, en la Sentencia de 1 de diciembre de 2016 dictada en el asunto *Andrade Salmón c. Bolivia*, F.J. 93º, la Corte resalta el principio de subsidiariedad que preside la aplicación del Pacto de San José: “El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”. Lo anterior lleva a la Corte a hablar de la existencia en el sistema interamericano de un “control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria)”.

Respecto del control de convencionalidad en el sistema americano de protección de los derechos humanos, vid. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. (2017), “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 1, págs. 55-98.

los mismos en cuestiones relacionadas con los derechos humanos, examinar las peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por algún Estado parte formuladas por personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en alguno o algunos de los mismos y las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en alguna violación (previa interposición y agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, planteamiento dentro del plazo de seis meses e inexistencia de pendencia de otro procedimiento de arreglo internacional) y rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Respecto de las peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, la Comisión, en caso de reconocer la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado parte al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada. Una vez recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente. Si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión puede realizar una investigación para cuyo eficaz cumplimiento puede solicitar, y los Estados interesados deben proporcionarle, todas las facilidades necesarias.

De llegarse a una solución amistosa, la Comisión debe redactar un informe que contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, que será transmitido al peticionario y a los Estados Parte de la Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la OEA. De no llegarse a una solución, la Comisión debe redactar un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones y las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas, transmitiéndolo a los Estados Parte interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados Parte interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado Parte interesado, aceptando su competencia, la Comisión puede emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración, haciendo las recomendaciones pertinentes y fijando un plazo dentro del cual el Estado Parte debe tomar las medidas que le competan

para remediar la situación examinada, transcurrido el cual la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado Parte ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por siete jueces nacionales de los Estados Parte de la OEA (no pudiendo haber más de un juez de una misma nacionalidad), es un tribunal al que incumbe la interpretación y aplicación de la Convención en los casos que le sean sometidos, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial (en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención, o en cualquier momento posterior, tanto para todos los casos, incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos), ora por convención especial. Únicamente los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, previo agotamiento de los procedimientos ante la Comisión a que se ha hecho anterior referencia. Los fallos de la Corte deben ser motivados y son inapelables. En caso de que la Corte decida que ha existido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, pudiendo ejecutarse la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Los Estados Parte de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

La Corte debe someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, debe señalar los casos en que un Estado Parte no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Por otra parte, en el ámbito africano destaca singularmente la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (también conocida como “Carta de Banjul”) aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia y en vigor desde 21 de octubre de 1986.

La Carta garantiza en su art. 14 el derecho a la propiedad, que sólo podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.

La misma creó la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, a la que se atribuyen funciones de estudio, investigación y recomendación y, en virtud del correspondiente Protocolo Adicional a la Carta aprobado en 1998, se creó el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, al que se atribuyen funciones jurisdiccionales, consultivas y arbitrales, sin perjuicio de no reconocerse la legitimación directa de los individuos<sup>157</sup>.

En todo caso, ha sido en el ámbito europeo donde el derecho de propiedad ha tenido el reconocimiento más amplio y efectivo. Al mismo aludimos a continuación.

---

<sup>157</sup> Vid. CARTES RODRÍGUEZ, J.B. (2017), “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, ¿Hacia una África en paz?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, pp. 251-289.

#### **4.4. En particular, la protección del derecho de propiedad en el sistema europeo de derechos humanos.**

Como se ha expresado anteriormente, el derecho de propiedad privada, desde su inclusión en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano o en el *Bill of Rights*, ha sido objeto de reconocimiento tanto por una parte importante de las constituciones de los diferentes Estados<sup>158</sup> como por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Entre estos últimos destaca, indudablemente, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (conocido también como “Convenio Europeo de Derechos Humanos” o CEDH)<sup>159</sup>.

La CEDH es, indudablemente, el instrumento internacional de protección de los derechos humanos más relevante y avanzado. Y ello no solo por la amplitud de los derechos que reconoce sino, ante todo, por el hecho de contemplar un sistema de tutela jurisdiccional de los mismos -cuya administración se encomendó en un primer momento (1959) a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al TEDH y que, tras la entrada en vigor del Protocolo nº 11 del Convenio (1998), corresponde en exclusiva a este último- que ha demostrado una gran capacidad evolutiva.

Como señala LÓPEZ GUERRA, “posiblemente, la experiencia del sistema creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos sea uno de los mejores ejemplos de la capacidad de las instituciones para adaptarse a los cambios en su entorno, modificando, no sólo su forma de funcionamiento, sino incluso los mismos propósitos que originaron su creación”<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> P.ej. art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o art. 42 de la Constitución italiana de 1947.

<sup>159</sup> Sobre la CEDH, vid. CARRILLO SALCEDO, J.A. (2003), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos; GARCÍA ROCA, F.J. (2019) *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Civitas; GARCÍA ROCA, F.J., SANTOLAYA MACHETTI, P., AGUILERA VAQUÉS, M. (2014), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; LASAGABASTER HERRARTE, I. (Coord.) (2009), *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, 2ª Ed.

<sup>160</sup> A juicio de dicho autor, el sistema europeo de protección de los derechos humanos ha experimentado una notable evolución desde su creación en 1950, tanto en lo que se refiere a su extensión como a sus objetivos y procedimientos, pudiendo diferenciarse tres fases en esa evolución; una primera, protagonizada por la Comisión Europea de Derechos Humanos y orientada a la colaboración interestatal; una segunda, tras la aprobación del Protocolo nº 11 y la eliminación del filtro de la Comisión, centrada en

La CEDH señala que los Estados parte reconocen a “toda persona bajo su jurisdicción” los derechos y libertades que contempla (art. 1), siendo dicha jurisdicción “una condición sine qua non” que “debe haber sido ejercida para que un Estado contratante pueda ser responsable de actos u omisiones imputables a que sean el origen de una denuncia por violación de los derechos y libertades enunciados en el Convenio”.

La jurisdicción de un Estado “es principalmente territorial” y “se presume que se ejerce normalmente en el conjunto de su territorio”<sup>161</sup>.

A continuación examinaremos el reconocimiento en la CEDH del derecho de propiedad privada, tanto en lo relativo a su génesis histórica como a la determinación de su contenido material por la Jurisprudencia del TEDH, y concluiremos analizando la eficacia de dicha Jurisprudencia, particularmente en aquellos Estados que puedan llegar a firmar el Protocolo nº 16 al Convenio<sup>162</sup>, protocolo en el que se contempla la posibilidad de que los tribunales nacionales de los Estados parte planteen cuestiones prejudiciales ante el Tribunal<sup>163</sup>.

---

la protección individualizada por el Tribunal de los derechos reconocidos en el Convenio; y una tercera caracterizada por la incipiente adopción por el mismo de una función cuasi-constitucional que encontraría sus manifestaciones el recurso a la posibilidad de indicar a los Estados las medidas generales, usualmente de naturaleza legislativa, que deben adoptar para el cumplimiento de sus sentencias (art. 46 del Convenio) o la introducción de la vía de la opinión consultiva (Protocolo nº 16). Las sentencias no se limitan a resolver el caso específico planteado ante el Tribunal, sino que también establecen pautas para la interpretación de los mandatos del Convenio en casos futuros, lo que tiene importantes consecuencias sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, bien afectando la interpretación por los tribunales nacionales del Derecho existente, bien dando lugar a reformas y cambios de las leyes en vigor LÓPEZ GUERRA, L.M. (2018), “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42 (Ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), págs. 111-130, en particular, págs. 111, 124 y 125. También sobre la misma cuestión vid. BATES, E. (2010), *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, o, entre nosotros, CANOSA USERA, R. (2009), “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, F.J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, págs. 79-112.

<sup>161</sup> Sentencia TEDH de 7 de julio de 2011, asunto *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*. parágrafos 130 y 131. La misma considera un supuesto excepcional de extensión extraterritorial de la jurisdicción de un Estado aquél en que el Estado ejerce funciones públicas sobre un territorio fuera de su soberanía que suponen control y autoridad sobre las personas.

<sup>162</sup> España no ha firmado ni ratificado el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El estado de ratificación de dicho Protocolo puede consultarse en [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=b6F73FMS](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=b6F73FMS) (a. 1/6/2021).

<sup>163</sup> PASTOR PALOMAR, N. (2019), “La entrada en vigor del protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 47.



a) *El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites de dicho reconocimiento.*

El proceso que llevó al reconocimiento del derecho de propiedad privada en el Convenio no resultó en absoluto sencillo.

Si bien el primer borrador de convención europea de los derechos humanos sometido al Comité de Ministros del Consejo de Europa en julio de 1949 por el Movimiento Europeo<sup>164</sup> aludía al deber de todos los Estados parte del mismo de garantizar a todas las personas en su territorio la “libertad frente a la privación arbitraria de la propiedad”, pronto surgieron en el seno de dicha organización internacional divergencias de cierto calado acerca de la necesidad de incluir la propiedad entre los derechos a proteger.

Así, el Informe que el Comité de cuestiones legales y administrativas del Consejo de Europa sometió a su Asamblea Consultiva el 5 de septiembre de 1949 ya reflejaba la oposición de algunos de sus integrantes a atribuir a una organización internacional la protección del derecho de propiedad, por no resultar posible convertir a la misma en la responsable de evaluar la legitimidad de las cargas y las restricciones de muy variada naturaleza que, de conformidad con las condiciones económicas y sociales de un determinado país, pudieran imponerse sobre la propiedad privada, atendida la función social o utilidad general de esta última.

La mayoría de los miembros de dicho Comité consideraron deseable la inclusión del derecho a la propiedad privada en la lista de derechos protegidos por el convenio, elaborando a tal efecto un borrador de recomendación cuyo art. 2 indicaba en su aptdo. 12 que los Estados miembros del convenio se comprometen a asegurar a todas las personas residentes en sus territorios “el derecho a la propiedad de conformidad con el artículo 17 de la Declaración de Naciones Unidas”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Con antecedentes en los años inmediatamente precedentes (Congreso de los Comités para la Coordinación de los Movimientos Europeos, Comité Conjunto Internacional para la Unidad Europea), el Movimiento Europeo se constituyó formalmente el 25 de octubre de 1948, integrando en su seno a diversas personalidades interesadas en discutir acerca de la unión política, económica y monetaria de Europa. Su primer y principal fruto fue la celebración del Tratado de Londres por el que se creó el Consejo de Europa el 5 de mayo de 1949.

<sup>165</sup> *Travaux préparatoires de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme / Preparatory work on article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights* (1976), Consejo de Europa, pág. 4.

La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa celebrada el 8 de septiembre de 1949, tras haber puesto de manifiesto el ponente la ausencia de consenso entre sus miembros acerca de la atribución a un tribunal internacional de labores (las relativas a la protección del derecho propiedad) para cuya administración se requieren directrices más precisas, optó por aprobar el borrador de recomendación sin el aptdo. antes referido, recabando del Comité de cuestiones legales y administrativas la elaboración de un estudio más exhaustivo.

El Comité de cuestiones legales y administrativas, tras acometer los correspondientes trabajos para tratar de compatibilizar el derecho de propiedad privada con la función social del mismo, propuso, a modo de compromiso, la siguiente redacción para una enmienda al borrador de convención europea de los derechos humanos a someter al Comité de Ministros:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Dichos bienes no pueden ser objeto de confiscación arbitraria. No obstante, se considerará que las presentes medidas no infringen en modo alguno el derecho de un Estado a aprobar la legislación necesaria para garantizar que dichos bienes se utilicen de conformidad con el interés general”.<sup>166</sup>

La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa expresó, por 97 votos a favor frente a 11 abstenciones, su parecer favorable a la anterior redacción y, por medio de la correspondiente Recomendación (nº 24), urgió al Comité de Ministros a modificar el texto del borrador de convención europea de los derechos humanos de conformidad con la misma.

Sin embargo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su sesión celebrada en Roma los días 3 a 4 de noviembre de 1950<sup>167</sup>, tras advertir la falta de unanimidad para la adopción de las propuestas de enmienda contenidas en la Recomendación nº 24 de la Asamblea Consultiva de dicha organización internacional (la posición de los

---

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH\(76\)36-EN1190643.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf) (a. 1/6/2021).

<sup>166</sup> “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. Such possessions cannot be subjected to arbitrary confiscation. The present measures shall not however be considered as infringing, in any way, the right of a State to pass necessary legislation to ensure that the said possessions are utilised in accordance with the general interest”. *Travaux préparatoires ...*, *Op. cit.* Pág. 82.

<sup>167</sup> *Travaux préparatoires ...*, *Op. cit.* . Págs. 99 y ss.

representantes del Reino Unido era claramente reticente a la inclusión del derecho a la propiedad entre los derechos protegibles), aceptó la sugerencia de que las mismas fueran examinadas ulteriormente por un comité de expertos gubernamentales con vistas a la firma de un protocolo al convenio, para hacer así posible la firma inmediata de este último.

De esta forma, la CEDH se abrió a la firma el día 4 de noviembre de 1950 sin contenerse en la misma una cláusula relativa al derecho a la propiedad.

El expresado comité de expertos gubernamentales, tras tres sesiones de trabajo y arduas discusiones, consiguió alumbrar, el 6 de junio de 1951, la siguiente redacción de compromiso:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie será privado de sus bienes salvo por causa de interés público y con arreglo a las condiciones previstas en la ley y en los principios generales del derecho internacional. Sin embargo, las disposiciones precedentes no infringirán de ninguna manera el derecho de un Estado a aprobar legislación para controlar el uso de bienes de acuerdo con el interés general o para establecer impuestos u otras contribuciones”<sup>168</sup>.

Los asesores de los Ministros de Asuntos Exteriores, en la reunión celebrada entre los días 17 a 19 de julio de 1951, acordaron que los principios generales del Derecho Internacional incluían la obligación de pagar a los extranjeros una compensación en los casos de expropiación, aceptando la inclusión de alguna enmienda menor formulada por el representante del Reino Unido.

El Comité de Ministros, en la sesión celebrada los días 2 y 3 de agosto de 1951, aprobó el borrador de protocolo adicional a la CEDH, sometiéndolo a consideración de la Asamblea Consultiva e informando el Secretario General del Consejo de Europa acerca de las modificaciones introducidas en el art. 1 relativo al derecho a la propiedad.

En el anterior sentido, además de la utilización de expresiones más precisas, se señaló, en cuanto al debate relativo a la garantía expropiatoria, que, no obstante la no

---

<sup>168</sup> “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest, and subject to the conditions provided for by the law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not however infringe in any way the right of a State to pass legislation to control the use of property in accordance with the general interest or to impose taxes or other contributions”. *Travaux Préparatoires ... Op. Cit.* Pág. 147.

referencia a la “compensación”, la exigencia de que la privación de los bienes se realice con sujeción a las “condiciones previstas en la ley” se traducirá normalmente en el pago de la misma, pues es la regla usualmente contemplada en las legislaciones nacionales en caso de nacionalización o expropiación de la propiedad; y en cuanto a la sujeción a los “principios generales del derecho internacional”, se traducirá en el pago de la misma a los extranjeros, incluso si la misma no se reconociera a los nacionales<sup>169</sup>.

Con el beneplácito de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, en su décima sesión celebrada en París entre los días 19 y 20 de marzo de 1952, adoptó la Resolución n° 52 aprobando el Protocolo Adicional a la CEDH, siendo el mismo firmado el propio día 20.

*b) El contenido del derecho a la propiedad privada según la Jurisprudencia del TEDH.*

El art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH<sup>170</sup> dispone que:

---

<sup>169</sup> *Ibíd.* Pág. 156.

<sup>170</sup> Son muchos los estudios doctrinales dedicados a este precepto. Así, por ejemplo, AGUILERA VAQUÉS, M., “El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (Protocolo Adicional núm. 1. art. 1)” (2009), en GARCÍA ROCA, F.J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, págs. 839-872; BARCELONA LLOP, J. (2012), “Privación de la propiedad e indemnización en el artículo 1 del primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (la indemnización por privación de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 2, págs. 2711-2734; BARCELONA LLOP, J. (2011), “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, págs. 49-87; GUICHOT, E. (2012), “Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, págs. 452-457; GUICHOT, E. y BARNÉS, J. (1996), “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada”, en BARNÉS, J. (Coord.) *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, págs. 124-150; JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2001), “La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto exrey de Grecia y otros c. Grecia)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, Enero-diciembre 2001, págs. 239-264; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. (2012), *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa: Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters. Entre las publicaciones del Consejo de Europa vid., CARSS-FRISK, M. (2001), *The right to property. A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe (puede accederse al mismo en <https://rm.coe.int/168007ff4a>, a. 1/6/2021) y, sobre todo, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights* (se puede acceder a la versión consultada, actualizada a 31 de agosto de 2020, a través de [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) a. 1/6/2021).

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”<sup>171</sup>.

El precepto transcrito protege el derecho de propiedad privada de las personas físicas y jurídicas -aunque sin hacer alusión formal a dicho derecho, refiriéndose únicamente al “respeto de sus bienes”- y reconoce tanto su garantía frente a las posibles privaciones de dichos bienes -que habrán de tener lugar en los términos que el mismo prevé, entre los que no se incluye expresamente la obligación de satisfacer una compensación-, como el derecho de los Estados a regular su uso.

El TEDH ha interpretado en su Jurisprudencia el anterior precepto, integrando ambas omisiones.

En su sentencia del asunto *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*<sup>172</sup> el Tribunal partió de la existencia en el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH de tres reglas diferentes:

- La primera regla (“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes”), tiene carácter residual y abarca la protección frente a todas aquellas interferencias con la propiedad privada que no supongan ni su privación ni la delimitación de su uso, interferencias éstas que, respectivamente, constituyen el objeto de la segunda y tercera reglas.
- La segunda regla (“Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional”) comprende los supuestos de expropiación -tanto formal como material o *de facto*-, estableciendo los requisitos necesarios

---

<sup>171</sup> La versión oficial en inglés del indicado precepto reza como sigue:

“Every natural person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

*The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.*

<sup>172</sup> Sentencia TEDH de 23 de septiembre de 1982, *Sporrong and Lönnroth c. Suecia*, parágrafo 61.

para que la misma resulte conforme a Derecho. Tal y como expresa la sentencia, en los supuestos en los que no exista una expropiación formal, es decir, en los que no exista una transferencia de la propiedad privada al Estado, el Tribunal debe ir más allá de la apariencia e investigar la realidad de la situación controvertida para determinar si dicha expropiación material o *de facto* ha tenido lugar, dado que las medidas que pueda adoptar aquél pueden, sin necesidad de transferir formalmente dicha propiedad, interferir con la misma hasta el extremo de dejarla vacía de contenido<sup>173</sup>.

- La tercera regla (“Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”) alude a los supuestos de medidas normativas cuya principal finalidad sea la regulación del uso de la propiedad (incidiendo sobre su contenido y efectos) y que se adopten para la consecución del interés general o para garantizar el pago de tributos o de multas.

Es decir, el art. 1 del Protocolo Adicional contempla el principio de respeto a la propiedad privada (primera frase del primer párrafo), habilita su privación, siempre que se cumplan determinadas condiciones (segunda frase del primer párrafo), y permite a los Estados reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general (segundo párrafo).

Tal y como indica el TEDH en la sentencia dictada en el asunto *James y otros c. Reino Unido*, las tres reglas del art. 1 del Protocolo Adicional están conectadas:

*“The three rules are not, however, "distinct" in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule”*<sup>174</sup>.

Como señala BARCELONA LLOP, la primera regla del art. 1 del Protocolo Adicional, además de que “alberga injerencias que no son privaciones o reglamentaciones” y es

---

<sup>173</sup> *Ibíd.*, párrafo 63. En el mismo sentido, Sentencia TEDH de 22 de mayo de 1998, asunto *Vasilescu c. Rumanía*, párrafo 51.

<sup>174</sup> Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1986, *James y otros c. Reino Unido*, párrafo 37.

aplicada por el Tribunal “cuando la complejidad fáctica y/o jurídica del litigio dificulta ubicar la injerencia en una categoría precisa”, “contiene un criterio material de enjuiciamiento” (el relativo al principio de justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección de los derechos fundamentales del individuo enunciado en la propia Sentencia *Sporrong and Lönnroth*: “*the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights (...). The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1*”<sup>175</sup>) que “ha pasado así a presidir el análisis de cualesquiera injerencias en el derecho al respeto de los bienes, incluidas por supuesto las tipificadas en las normas segunda y tercera, aunque éstas incorporen criterios específicos de enjuiciamiento”<sup>176</sup>.

En cuanto a cuáles son, concretamente, los bienes objeto de propiedad (“*possessions*”) susceptibles de ser protegidos al amparo del art. 1 del Protocolo Adicional de la CEDH, el Tribunal emplea un concepto autónomo (no necesariamente coincidente con el existente en los distintos Estados signatarios del Convenio) y dotado de una notable amplitud:

*“The concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: the issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, may be regarded as having conferred on the applicant title to a substantive interest protected by that provision (...). Accordingly, as well as physical goods, certain rights and interests constituting assets may also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (...)”*<sup>177</sup>.

Dicha autonomía ha llevado al TEDH a entender que el término *possessions* comprende en su seno el derecho de propiedad inmobiliaria y mobiliaria, incluido un

---

<sup>175</sup> Sentencia TEDH de 23 de septiembre de 1982, *Sporrong and Lönnroth c. Suecia*, parágrafo 69. Para analizar la concurrencia en el caso concreto de dicho justo equilibrio la Sentencia prevé que se analice si aquello que exija el interés general constituye o no una “carga excesiva”. En este sentido, el parágrafo 73 de la Sentencia se refiere al “*individual and excessive burden which could have been rendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation*”.

<sup>176</sup> BARCELONA LLOP, J. (2011), “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública* núm. 185, págs. 55 y 56.

<sup>177</sup> Sentencia TEDH de 30 de noviembre de 2004, *Öneryıldız c. Turquía*, parágrafo 124.

amplio abanico de derechos e intereses pecuniarios (acciones, derechos de propiedad intelectual, rentas, laudos arbitrales, etc.).

Es más, el Tribunal ha incluido dentro de la expresión *possessions* ciertas expectativas legítimas relativas a un derecho de propiedad<sup>178</sup>.

En el anterior sentido, se ha expresado que:

*“An applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions related to his “possessions” within the meaning of this provision. “Possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfillment of the condition”*<sup>179</sup>.

Por otra parte, el Tribunal considera que “los términos "ley" o "lícito" en la Convención no implican una mera remisión al Derecho interno, sino que se refieren también a la calidad de la ley, exigiendo que la misma resulte compatible con el estado de derecho”<sup>180</sup>.

La “ley” debe ser, en todo caso, suficientemente precisa y predecible y, además, debe tener una finalidad legítima y perseguir el interés general o público. El TEDH entiende que incumbe a las autoridades de los Estados miembros seleccionar dicho interés, pudiendo revisar su selección únicamente en el supuesto de que el invocado por aquéllos carezca manifiestamente de fundamento.

La medida que interfiera con el derecho de propiedad debe estar presidida por un justo equilibrio entre las exigencias dimanantes del interés general de la comunidad y las

---

<sup>178</sup> Sobre el alcance de la protección de las expectativas legítimas bajo la CEDH, vid. NUNES VICENTE, M. (2020), “Property Rights and Legitimate Expectations Under United States Constitutional Law and the European Convention on Human Rights: Some Comparative Remarks”, *Comparative Law Review*, núm. 26 (págs. 51 y ss.), o SIGRON, M. (2014), *Legitimate expectations under article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights*, Intersentia.

<sup>179</sup> Sentencia TEDH de 2 de marzo de 2005, *Von Maltzan and Others v. Germany*, párrafo 74. En el mismo sentido, Sentencia TEDH de 28 de septiembre de 2004, *Kopecný v. Slovakia*, párrafo 35.

<sup>180</sup> Sentencia TEDH de 21 de febrero de 1986, *James y otros c. Reino Unido*, párrafo 67.



propias del contenido de dicho derecho individual, entendiéndose roto ese equilibrio en caso de que se haga recaer sobre el propietario una carga individual excesiva<sup>181</sup>.

En todo caso, se reconoce a los Estados parte, atendido el conocimiento de sus respectivas realidades y necesidades, un “*margen de apreciación*” (énfasis añadido) acerca de la proporcionalidad o justo equilibrio de la medida adoptada<sup>182</sup>.

La carga individual excesiva en que pueda consistir la medida que interfiera con el derecho de propiedad puede reputarse legítima si en la misma se contempla algún mecanismo transitorio o se prevé la posibilidad de que el propietario por la misma afectado pueda solicitar el pago de una indemnización<sup>183</sup>.

En cuanto a la omisión en el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH de toda referencia al derecho a una compensación, el TEDH ha entendido que dicho precepto la exige generalmente para no convertir el derecho de propiedad en un derecho “ilusorio e ineficaz”<sup>184</sup>, aunque no garantiza el derecho a una compensación plena en todo caso.

---

<sup>181</sup> Así lo ha establecido el TEDH en su Sentencia de 23 de septiembre de 1982, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, parágrafo 69: “*the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights... The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1*”. En el mismo sentido, Sentencia TEDH de 18 de febrero de 1991, en el asunto *Fredin c. Suecia*.

<sup>182</sup> En el anterior sentido la Sentencia TEDH de 21 de febrero de 1986, asunto *James y otros c. Reino Unido*, parágrafo 46, afirma que “*because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property and of the remedial action to be taken (...) Here as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation*”.

<sup>183</sup> La Sentencia TEDH de 23 de septiembre de 1982, asunto *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, parágrafo 73, señala que “*an individual and excessive burden which could have been rendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation. Yet at the relevant time Swedish law excluded the possibilities and it still excludes the second of them*”.

En el mismo sentido y para determinar si ha existido un “justo equilibrio”, el Tribunal ha declarado que debe valorarse no solo la finalidad legítima perseguida por la medida legal que interfiera en el derecho de propiedad, sino también la flexibilidad y la proporcionalidad en la efectiva aplicación de las prohibiciones contenidas en la misma (Sentencia TEDH de 18 de febrero de 1991, asunto *Fredin c. Suecia*, parágrafo 54).

<sup>184</sup> En su Sentencia de 21 de febrero de 1986, asunto *James y otros c. Reino Unido*, parágrafo 54, el TEDH ha expresado que “*under the legal systems of the Contracting States, the taking of property in the public interest without payment of compensation is treated as justifiable only in exceptional circumstances not relevant for present purposes. As far as Article 1 [of Protocol No. 1] is concerned, the protection of the right to property it affords would be largely illusory and ineffective in the absence of any equivalent principle. Clearly, compensation terms are material to the assessment whether the contested legislation respects a fair balance between the various interests at stake and, notably, whether it does not impose a*

Como ha indicado el propio Tribunal, los objetivos legítimos de interés público, como puedan serlo las medidas de reforma económica o las destinadas a mejorar la justicia social, pueden requerir una compensación cuyo importe sea inferior al del total valor de mercado<sup>185</sup>.

La no previsión en la medida que interfiera con el derecho de propiedad de una compensación que guarde relación con su valor puede entenderse justificada únicamente en circunstancias excepcionales, representando habitualmente una desproporción<sup>186</sup>.

En todo caso, los Estados disponen de un gran margen de apreciación tanto para elegir las modalidades de aplicación como para juzgar si sus consecuencias se encuentran legitimadas por el interés general con el fin de alcanzar el objetivo de la ley en cuestión<sup>187</sup>.

Desde el punto de vista subjetivo, el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH protege la propiedad tanto de personas físicas como jurídicas (“toda persona física o moral”).

---

*disproportionate burden on the applicant*”. En la sentencia TEDH de 8 de julio de 1986 dictada en el asunto *Lithgow c. Reino Unido*, parágrafo 117, el Tribunal hace referencia a los trabajos preparatorios y, sobre todo, a la Resolución (52) de 19 de marzo de 1952 del Comité de Ministros, por la que se aprobó el texto del Protocolo y quedó abierto para la firma, en la que, en lo que se refiere al art. 1, se dice que en los principios generales del Derecho internacional, en su actual aceptación, se incluye la obligación de pagar a los no nacionales una indemnización en caso de expropiación.

<sup>185</sup> “*Legitimate objectives of 'public interest', such as are pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value*” (Sentencia TEDH de 8 de julio de 1986, asunto *Lithgow y otros c. Reino Unido*, parágrafo 121).

<sup>186</sup> Sentencia TEDH de 29 de marzo de 2006, asunto *Scordino c. Italia*, parágrafo 96: “*Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment of whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants. In this connection the Court has already found that the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances*”. En el mismo sentido, Sentencia TEDH de 23 de noviembre de 2000, *The former King of Greece and Others c. Grecia*, parágrafo 89.

<sup>187</sup> Sentencia TEDH de 24 de octubre de 1986, asunto *AGOSI c. Reino Unido*, parágrafo 52: “*the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question*”. En el mismo sentido, Sentencia TEDH de 19 de diciembre de 1989, *Mellacher y otros c. Austria*, parágrafo 45. En la Sentencia TEDH de 8 de julio de 1986, asunto *Lithgow y otros c. Reino Unido*, parágrafo 122, se afirma que “*the Court's power of review in the present case is limited to ascertaining whether the decision regarding compensation fell outside the United Kingdom's wide margin of appreciation; it will respect the legislature's judgment in this connection unless that judgment was manifestly without reasonable foundation*”.

Respecto de las personas jurídicas, se ha planteado la cuestión de si los accionistas de una sociedad pueden o no invocar la protección dispensada por el indicado precepto.

Los accionistas, además de que deben agotar todas las vías de recurso ofrecidas por el Derecho interno, no tienen, en principio, legitimación para interponer un recurso ante el TEDH con fundamento en la violación del art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH por razón de los daños que puedan haberse irrogado a la sociedad de la que sean socios. Excepcionalmente pueden invocar dicha norma en caso de que la sociedad no pueda ejercitar las correspondientes acciones a través de sus órganos o, en caso de liquidación, a través de sus liquidadores<sup>188</sup>.

También en cuanto al ámbito subjetivo, se ha planteado si la referencia a los “principios generales del Derecho internacional” (concretamente, al derecho a una pronta, adecuada y efectiva compensación por razón de la privación de la propiedad) contenida en la segunda regla del art. 1 del Protocolo Adicional debe aplicarse únicamente a los no nacionales o, asimismo, a los nacionales de un Estado parte.

El TEDH ha afirmado que los referidos principios se aplican únicamente a los no nacionales, al haber sido desarrollados en su beneficio, no condicionando el tratamiento que los Estados puedan dispensar a sus propios nacionales<sup>189</sup>.

El Tribunal entiende que lo anterior es compatible con el art. 1 de la CEDH, que obliga a los Estados parte a reconocer los derechos y libertades contemplados en su Título I “a toda persona bajo su jurisdicción”, toda vez que, aunque la mayor parte de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos dispensan idéntica protección a nacionales y no nacionales, los mismos contemplan excepciones<sup>190</sup>.

Igualmente entiende el Tribunal que el reconocimiento de dicha protección específica a favor de los no nacionales resulta compatible con el principio de no discriminación previsto en el art. 14 de la Convención (“el goce de los derechos y

---

<sup>188</sup> Sentencia TEDH de 24 de octubre de 1995, asunto *Agrotexim y otros c. Grecia*, parágrafo 71.

<sup>189</sup> Sentencia TEDH de 8 de julio de 1986, *Lithgow y otros c. Reino Unido*, parágrafo 113: “*purely as a matter of general international law, the principles in question apply solely to non-nationals. They were specifically developed for the benefit of non-nationals. As such, these principles did not relate to the treatment accorded by States to their own nationals*”.

<sup>190</sup> *Ibíd.* Parágrafo 116. “*As to Article 1 (art. 1) of the Convention, it is true that under most provisions of the Convention and its Protocols nationals and non-nationals enjoy the same protection but this does not exclude exceptions as far as this may be indicated in a particular text*”.

libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”), toda vez que una diferencia de trato puede no ser discriminatoria si obedece a una “justificación objetiva y razonable”.

Además, en el caso de una expropiación por motivos de reforma social o de una reorganización económica puede haber razones para distinguir, en materia de indemnizaciones, entre nacionales y extranjeros, toda vez que, por lo pronto, los extranjeros son más débiles ante la legislación interna que los nacionales y pueden existir factores distintos para los nacionales y los extranjeros en cuanto a la utilidad pública que justifique la expropiación<sup>191</sup>.

*c) La eficacia de las sentencias del TEDH en relación con el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH*

Todas las sentencias del TEDH -y, por ende, las dictadas en relación con posibles infracciones del art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH<sup>192</sup>- vinculan a sus Estados Parte.

Sin perjuicio del deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de tomar en consideración la interpretación que de dicho instrumento internacional y de sus Protocolos pueda hacer el TEDH (el art. 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las

---

<sup>191</sup> *Ibíd.* Parágrafo 116. “As to Article 14 (art. 14) of the Convention, the Court has consistently held that differences of treatment do not constitute discrimination if they have an “objective and reasonable justification” (see, as the most recent authority, the *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 35-36, para. 72).

*Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform or an economic restructuring, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned. To begin with, non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals”.*

<sup>192</sup> Cerca del 13% de las sentencias dictadas por el TEDH desde 1959 han tenido como objeto el análisis de eventuales infracciones del derecho a la propiedad previsto en el art. 1 del Protocolo Adicional, lo que lo sitúa en el segundo derecho más invocado por los demandantes, solo por detrás del derecho a un proceso equitativo contemplado en el art. 6 del Convenio. Fuente: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

mismas materias ratificados por España”), en la medida en que un Estado Parte resulte condenado por el Tribunal de Estrasburgo, el mismo vendrá obligado a ejecutar la correspondiente sentencia en los términos que contempla la CEDH<sup>193</sup>.

El art. 46 de dicho instrumento internacional se refiere al compromiso asumido por dichos Estados de acatar las decisiones del Tribunal en los litigios en los que sean parte.

Concretamente y según dicho precepto:

“1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte.

2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

La Convención es consciente de que la ejecución de las sentencias puede no reparar íntegramente los perjuicios derivados de la infracción de los derechos y libertades que pueda declararse.

Es por lo anterior que su art. 41 señala que:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

Aunque la ejecución de las sentencias del TEDH se ceñía inicialmente, en la generalidad de los casos, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 41 de la Convención, traduciéndose, por lo tanto, en el reconocimiento de una “satisfacción equitativa” a favor del recurrente, la necesidad de evitar el bloqueo en el funcionamiento del Tribunal ha hecho que el protagonismo en materia de ejecución se haya desplazado en la actualidad a la obligación de acatar las sentencias que contempla su art. 46.1.

Como ha señalado el TEDH, la obligación de los Estados Parte de acatar las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal en los litigios en que sean parte ha de traducirse no solo en el deber de abonar a los interesados las sumas concedidas en virtud

---

<sup>193</sup> Sobre la ejecución de las sentencias del TEDH, vid. MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M. (1989), “La ejecución de las Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, núm. 15, págs. 53-92; o RUIZ MIGUEL, C. (1997), *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos.

de la compensación equitativa prevista en el art. 41, sino, además, en la elección bajo el control del Comité de Ministros de las medidas generales y/o, en su caso, individuales a incorporar al ordenamiento jurídico interno para poner fin a la violación constatada por el Tribunal y paliar en la medida de lo posible sus consecuencias, debiendo dichas medidas ser compatibles con las conclusiones contenidas en el fallo del Tribunal<sup>194</sup>.

Es decir, de conformidad con lo expuesto, los Estados Parte de la CEDH han de adoptar las medidas que pongan remedio a las infracciones identificadas por el TEDH, bien respecto del demandante individual, bien con carácter general, disponiendo de un margen discrecional para seleccionar dichas medidas.

Las medidas de ejecución de las sentencias deben ser propuestas por los Estados Parte al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que velará por su implantación, siendo asistido para ello por la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho de dicha Organización Internacional.

Las medidas generales deben orientarse a la prevención de nuevas violaciones en el futuro, lo que puede requerir la introducción de cambios en la legislación o una modificación de la interpretación jurisprudencial de una concreta norma.

Respecto de las medidas generales, debe hacerse una mención especial a las “sentencias piloto”<sup>195</sup> dictadas por el TEDH en uno o varios asuntos seleccionados por el mismo entre los muchos que puedan plantear una misma violación de un concreto derecho

---

<sup>194</sup> La sentencia TEDH de 29 de marzo de 2006, asunto *Scordino c. Italia*, parágrafo 233, señala que “under Article 46, the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. One of the effects of this is that where the Court finds a violation, the respondent State has a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress as far as possible the effects. The respondent State remains free, subject to monitoring by the Committee of Ministers, to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment”.

<sup>195</sup> Esta técnica comenzó a utilizarse por el TEDH a partir de la Sentencia de 22 de junio de 2004, asunto *Broniowski c. Polonia*, en la que se condena a dicho Estado por razón de la legislación nacional sobre compensación de las expropiaciones del río Bug derivadas de la modificación de la frontera polaca tras la II Guerra Mundial. Al tener la situación provocada por dicha legislación carácter sistemático, el Tribunal estableció la necesidad de que se adoptaran medidas generales a nivel nacional que tuvieran en cuenta a las personas afectadas. Vid. también Sentencia TEDH de 22 de diciembre de 2005, dictada en el asunto *Xenides-Arestis c. Turquía* y en la que se ventila la violación de, entre otros, el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH, en cientos de asuntos en los que se analiza la prohibición de acceso por parte de los demandantes (en general, grecochipriotas) a sus domicilios y bienes situados en la zona turcochipriota.

protegido por la CEDH (quedando todos los asuntos no seleccionados suspendidos hasta la resolución del caso o casos elegidos) o que pongan de manifiesto un problema estructural que pueda constituir una fuente de demandas en el futuro. En dichas sentencias el Tribunal determina las concretas medidas generales a adoptar por el Estado, de forma que con su implantación puedan beneficiarse todos los demandantes actuales o potenciales. De no adoptarse por el Estado parte en cuestión las medidas ordenadas o pactadas, el Tribunal condenará al mismo en los procedimientos aplazados o en los que puedan iniciarse con posterioridad<sup>196</sup>.

En cuanto a las medidas individuales, han de dirigirse a poner fin a la violación detectada y a reparar las consecuencias dañosas que la misma pueda tener para el particular afectado, lo que incluye el pago de las cantidades que pueda determinar el Tribunal en la sentencia (o en el correspondiente acuerdo amistoso).

Entre las posibles medidas individuales no pecuniarias figura la posibilidad de reabrir el procedimiento judicial *a quo*.

En España no ha existido hasta 2015 un mecanismo procesal que facilitara la ejecución de las sentencias del TEDH, si bien el Tribunal Supremo venía admitiendo la posibilidad de acudir al mecanismo del recurso de revisión con la finalidad de llevarlas a puro y debido efecto.

En el anterior sentido, el acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 expresaba que:

“En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido”<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Sobre las sentencias piloto, vid. ABRISKETA URIARTE, J. (2013). “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/1, pág. 73-99.

<sup>197</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2014), “Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, nº 8444.

La inseguridad jurídica generada por la anterior situación<sup>198</sup> llevó a la modificación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que añadió un nuevo art. 5 bis al texto de aquella y que, entre otras, modificó el art. 102 la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, relativo a los supuestos en los que resulta posible la interposición de un recurso de revisión<sup>199</sup>.

En la actualidad, el art. 5 bis de la Ley Orgánica 7/1985 expresa que:

“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esa revisión”<sup>200</sup>.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, tal y como dispone el art. 102 de la Ley Jurisdiccional, la revisión no puede “perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

A modo de regla de cierre, los aptdos. 4 y 5 del art. 46 de la CEDH prevén que si el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera que un Estado Parte no ha acatado una sentencia definitiva sobre un asunto del que sea parte, podrá, tras notificarlo formalmente al mismo y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al TEDH la cuestión de si dicho Estado ha incumplido su obligación de acatar dicha sentencia en

---

<sup>198</sup> Eran diversos los cauces procesales a través de los que se ejecutaban o se tenían por ejecutadas las sentencias del TEDH. Vid. GARCÍA SAN MARTÍN, J. (2015), “La ejecución penal en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 36. También, IRURZUN MONTORO, F., (2013), “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española”, en QUERALT JIMÉNEZ, A. (Coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, págs. 131-162.

<sup>199</sup> Sobre dicha reforma, vid. GUILLÉN LÓPEZ, E. (2018), “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 42 (ejemplar dedicado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos), págs. 335-270; también, MÉNDEZ TOJO, R. (2015), “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿una reforma legal necesaria?”, *Diario La Ley*, nº 8639.

<sup>200</sup> Sobre el procedimiento de revisión, vid. NIÑO ESTÉBANEZ, R. (2019) *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch.



virtud del aptdo. 1 del propio precepto. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación de dicha obligación, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar.

## V.- LÍMITES DEL RIESGO REGULATORIO CON ARREGLO AL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

### 5.1. La protección de las inversiones exteriores en el Derecho internacional

La inversión exterior directa (“IED”) o *foreign direct investment* (“FDI”) es, junto con el comercio internacional, una de las expresiones más características del fenómeno de la “globalización económica”<sup>201</sup>, pudiendo tener un relevante papel de cara a hacer posible el desarrollo económico de los países que la reciben<sup>202</sup>.

Los empresarios de un determinado Estado invierten en otros diferentes para incrementar sus ventas y diversificar geográficamente los riesgos inherentes a la actividad que desarrollan.

Los Estados receptores de la inversión exterior directa, por su parte, se ven beneficiados por la misma, toda vez que habitualmente lleva aparejado un incremento de la actividad económica, del empleo y de la recaudación impositiva (y en aquellos Estados menos desarrollados, además, contribuye a la introducción de tecnología e innovación).

La inversión exterior directa puede ser, por lo tanto, beneficiosa para una y otra parte, inversor extranjero y Estado receptor o huésped de la inversión.

Muchos Estados establecen, por ello, marcos jurídicos diseñados específicamente para atraer las inversiones exteriores<sup>203</sup>.

Como señala GELBER, “*governments needed the products, the taxes, the job creation, the expertise and value-adding capacity which would stem from politically acceptable forms of investment (...) Given the increased importance of FDI, that tended to enhance competition between governments in attracting internationally mobile*

---

<sup>201</sup> Vid. sobre el particular, MYRO SÁNCHEZ, R. y ÁLVAREZ LÓPEZ, M.A. (Coords.) (2014), *España en la inversión directa internacional*; también, SOLANA GONZÁLEZ G. y MÍNGUEZ FUENTES, R. (2017), “Globalización e inversión directa de las empresas en el exterior”, *Información Comercial Española. IDE: Revista de Economía*, nº 896 (Ejemplar dedicado a Globalización, integración y desarrollo económico), págs. 85-102.

<sup>202</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (2015), *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*, United Nations Publications, pág. 213.

<sup>203</sup> Vid. MOON, C. (2015), “Foreign direct investment, commitment institutions, and time horizon: How some autocrats do better than others”, *International Studies Quarterly*, Vol. 59, nº. 2, págs. 344-356.

*investment. There were increased pressures upon governments to produce for such investment a hospitable environment (...)*<sup>204</sup>.

Es indudable que mientras el inversor extranjero no recupere la inversión realizada pueden acaecer circunstancias que la perjudiquen (empeoramiento de las circunstancias macroeconómicas, evolución desfavorable de los tipos de cambio, cambios tecnológicos, etc.) de forma que se reduzca o, incluso, desaparezca su valor, pudiendo algunas de dichas circunstancias resultar imputables a la actuación del Estado huésped.

Así sucede, precisamente, con la aprobación de normas o la adopción de decisiones por dicho Estado que alteren el marco regulatorio existente al tiempo de la ejecución de la inversión (riesgo regulatorio) e incidan negativamente sobre la misma.

La inversión exterior, como señala SORNARAJAH, puede verse afectada, entre otros, por los siguientes riesgos<sup>205</sup>:

- Hostilidad ideológica hacia la inversión exterior por determinados partidos y regímenes políticos (p.ej. regímenes comunistas).
- Nacionalismo económico (particularmente en momentos de recesión y de crisis) o étnico.
- Cambios de régimen político o de gobierno.
- Cambios del modelo productivo a nivel global.
- Onerosidad contractual sobrevenida para el Estado huésped de la inversión (en el caso de Estados que hayan celebrado acuerdos con inversores extranjeros).
- Regulación de la economía, protección del medio ambiente y de los derechos humanos por el Estado receptor de la inversión.

En principio, los Estados pueden, en ejercicio de su soberanía, aprobar las normas y adoptar las decisiones que consideren más convenientes en cada momento<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> GELBER, H.G. (1997), *Sovereignty Through Interdependence*, Kluwer Law International, pág. 52.

<sup>205</sup> SORNARAJAH, M. (2017) *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, págs. 87 y ss.

<sup>206</sup> Sobre el origen y evolución reciente del concepto de soberanía y su alcance, vid. COHEN, J. L. (2012), *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*, Cambridge University Press; GELBER, H.G. (1997), *Op. cit.* La soberanía sigue siendo un concepto central del Derecho internacional como buenamente muestra la Resolución 1674 (2006) aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y en la que se reafirma la adhesión a los principios de la Carta de las Naciones

Lo anterior no es sino corolario del principio de soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales, las actividades económicas y la riqueza existentes en sus territorios consagrado por la ONU<sup>207</sup>.

El principio de soberanía permanente del Estado sobre los recursos naturales<sup>208</sup>, sin embargo, queda supeditado a los límites que resultan del Derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, límites a los que están sujetos todos los Estados (tratándose de obligaciones convencionales, únicamente respecto de las que estén previstas en los tratados internacionales suscritos por los mismos).

El presente capítulo se dirige, precisamente, a identificar los límites que, establecidos por el Derecho internacional, condicionan el ejercicio por los Estados de su competencia para regular o adoptar otro tipo de medidas en defensa del interés general (en ámbitos como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, de la salud o, en general, de los derechos humanos), límites que resultan de la protección que debe

---

Unidas y, en particular, a los “principios de la independencia política, la igualdad soberana y la integridad territorial de todos los Estados, y del respeto de la soberanía de todos los Estados”.

<sup>207</sup> La resolución 1803 adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1962 (XVII período de sesiones), en un momento histórico en que se produjeron numerosos procesos de descolonización, señala que “el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado” (aptdo. 1), afirmándose a continuación que “la exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades” (aptdo. 2) y que “en los casos en que se otorgue la autorización, el capital introducido y sus incrementos se regirán por ella, por la ley nacional vigente y por el derecho internacional. Las utilidades que se obtengan deberán ser compartidas, en la proporción que se convenga libremente en cada caso, entre los inversionistas y el Estado que recibe la inversión, cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales”. Por último, afirma que “los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos o entre ellos deberán cumplirse de buena fe; los Estados y las organizaciones internacionales deberán respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales de conformidad con la Carta y los principios contenidos en la presente resolución” (aptdo. 8).

Dicha resolución, como afirma ANGHIE, “*was one of the principal mechanisms by which the new states hoped to regain control over their own resources and, in this way, promote development (...) Indeed, the idea of PSNR was closely tied to the concept of self-determination, which in itself suggests the close links between political sovereignty and economic sovereignty*”. ANGHIE, A. (2004), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, págs. 196 y ss.

<sup>208</sup> Acerca de dicho principio, vid. SCHRIJVER, N., *Sovereignty Over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997. Entre nosotros, vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2009) “El principio de la soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales: entre la invocación retórica y la inaplicación judicial”, en BADIA MARTÍ, A., PIGRAU I SOLÉ, A., OLESTI RAYO, A. (Coords.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* Vol. 1 (El derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo), págs. 287-314.

dispensarse a los inversores extranjeros y a sus inversiones con arreglo tanto a la costumbre internacional como a los tratados internacionales.

La protección de la propiedad privada y del comercio -y, por ende, de la inversión extranjera- por el Derecho internacional ha basculado en la historia, desde el punto de vista doctrinal<sup>209</sup>, entre la tesis que sostiene que se ha de dispensar a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales (VITORIA<sup>210</sup>) y aquella que entiende que aquéllos han de ser tratados con arreglo a un estándar autónomo, atendida la posibilidad de que el trato que el Estado receptor de la inversión exterior dispense a sus nacionales no resulte aceptable (VATTEL<sup>211</sup>).

La protección internacional de los inversores extranjeros en la actualidad encuentra su fundamento, en primer lugar y con carácter general, en el reconocimiento por el Derecho internacional consuetudinario del principio de responsabilidad internacional de los Estados, principio ya enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la sentencia de 13 de septiembre de 1928 dictada en el asunto de la factoría de *Chorzow* (*Chorzow Factory case*), sentencia en la que se analiza la expropiación (toma de posesión) por el gobierno de Polonia de una fábrica de nitratos existente en dicha

---

<sup>209</sup> Sobre la evolución en la historia del Derecho internacional de inversiones, vid. SCHILL, S.W., TAMS, C.J. y HOFMANN, R. (Eds.) (2018), *International Investment Law and History*, Edward Elgar Publishing.

<sup>210</sup> Señala VITORIA que “si hay entre los bárbaros cosas que son comunes a los nacionales y a los extranjeros no es lícito que los bárbaros prohíban a los españoles la comunicación y participación de esas cosas. Por ejemplo, si está permitido a los demás extranjeros extraer oro en las tierras que son comunes o en los ríos, y pescar perlas en el mar o en el río, no pueden los bárbaros prohibirlo a los españoles, sino que, les es lícito a éstos del mismo modo que a aquellos, mientras no sean perjudicados los ciudadanos y los naturales del país (...) porque si es lícito a los españoles recorrer sus tierras y comerciar con ellos, pueden acogerse y usar de las leyes y ventajas de todos los extranjeros”. VITORIA, F. (1967) *Relectio de indis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 80 y 82.

<sup>211</sup> VATTEL sentó las bases teóricas de la doctrina de la protección diplomática de los extranjeros y de sus bienes, fundamento de los tratados decimonónicos de amistad, comercio y navegación y, en último término, de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores. Dicho autor afirma que “*whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation*”. Es decir, cualquier daño irrogado a la persona o a los bienes de un extranjero podía ser entendido como un daño al Estado del que el mismo fuera nacional, facultando a dicho Estado para reaccionar frente al Estado causante del daño, incluso militarmente. Vid. VATTEL, E. *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Liberty Fund, 2008, Libro I, capítulo VIII, párrafos 83-94. Puede consultarse en <http://oll.libertyfund.org/titles/vattel-the-law-of-nations-lf-ed> (a. 1/6/2021)

localidad y propiedad de las compañías alemanas *Oberschlesische Stickstoffwerke, A.G* y *Bayerische Stick-stoffwerke, A.G.*<sup>212</sup>.

En la referida sentencia, la Corte alude a la naturaleza internacional de la obligación de reparar, al indicar que las normas jurídicas que rigen la reparación son las normas de Derecho internacional vigentes y aplicables a los dos Estados interesados y no las leyes que rigen las relaciones entre el Estado que ha cometido el acto ilícito y la persona que ha sufrido el daño, de forma que los derechos o intereses de un particular a quien se ha infligido un daño con ocasión de la violación de sus derechos, están siempre en un plano distinto al de los derechos del Estado, que también pueden haber sido vulnerados por el mismo acto. Por lo tanto, el daño sufrido por un particular no es nunca de la misma clase que el daño sufrido por un Estado.

Concretamente, en la expresada sentencia se afirma que “es un principio de Derecho internacional el que el incumplimiento de un compromiso implica la obligación de repararlo en forma adecuada. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable de la falta de aplicación de una convención, no siendo necesario que esto se establezca en la propia convención”<sup>213</sup>.

En cuanto al alcance de la compensación con arreglo al expresado estándar, la Corte Permanente de Justicia Internacional señala en el indicado asunto que uno de los principios del Derecho internacional y, aún, uno de los conceptos generales del derecho es que cualquier violación de un compromiso implica la obligación de reparar y que el principio general implícito en el concepto de acto ilícito es que, en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del mismo y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Caso relativo a la Factoría de Chorzow (*Alemania c. Polonia*), sentencia de 26 de julio de 1927, PCIJ, Series A, No. 9, pág. 21. La misma puede consultarse en [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_09/28\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Compotence\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf) (a. 1/6/2021)

<sup>213</sup> “It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself”.

<sup>214</sup> “It is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation (...). The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (págs. 29 y 47).

A pesar de las discrepancias existentes en la comunidad internacional acerca del contenido y del alcance del principio de responsabilidad internacional de los Estados<sup>215</sup>, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en cumplimiento del mandato de “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación” contenido en el art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas, procedió a preparar y a adoptar un “Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, artículos de los que la Asamblea General de dicha organización (Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, aprobada en su quincuagésimo sexto período de sesiones) tomó nota y dirigió a la atención de los gobiernos, “sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda”<sup>216</sup>.

Dado que los extranjeros carecen de personalidad jurídica internacional, el principio de responsabilidad internacional de los Estados por daños a los mismos y a sus bienes se hace descansar sobre la ficción de que los indicados daños se han irrogado al Estado del que sean nacionales.

Con arreglo al art. 1 del expresado Proyecto “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

Se entiende que el “hecho internacionalmente ilícito del Estado” existe “cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado” (art. 2).

Por su parte, son hechos del Estado “según el Derecho internacional” el “comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización

---

<sup>215</sup> Señala ANGHIE que el Derecho internacional “*had served the interests of the powerful Western states. Inevitably, then, the new states would seek to regain control over their own economic and political affairs, and to change an international legal regime that operated to their disadvantage (...) The new states attempted to revise old doctrines to which they were ostensibly bound but which, they believed, were created to further the interests of Western states and which, furthermore, they had played no role in formulating. In addition, the new states attempted to create new doctrines, or adapt old doctrines, in order to further their own interests (...) The new states were intent on challenging, principally, those doctrines of existing international law, such as state responsibility, which had furthered colonial relations and which hindered the new states from meeting their aspirations*”. ANGHIE, A. *Op. cit.* pág. 198.

<sup>216</sup> Sobre el indicado Proyecto, vid. CRAWFORD, J. (2004), Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, Dykinson.

del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado” (art. 4) o el “comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado (...), pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

En cuanto a la “violación de una obligación internacional por un Estado”, la misma existe “cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación” (art. 12), si bien dicho hecho no constituye violación de una obligación internacional “a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho” (art. 13).

La traslación de los anteriores principios al ámbito de la inversión exterior ha estado y sigue estando rodeada de polémica, habiendo mantenido los países desarrollados y exportadores de capital y los países en vías de desarrollo e importadores del mismo tesis enfrentadas acerca de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados por razón de las inversiones exteriores, es decir, del grado de protección que debe dispensarse al inversor extranjero con fundamento en el Derecho internacional. Dicho enfrentamiento está en la base misma de la evolución reciente del Derecho internacional y del concepto de soberanía<sup>217</sup>.

El sistema moderno de responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o a los bienes de los extranjeros comenzó a fraguarse desde finales del siglo XIX al margen del sistema colonial (en el que, obviamente, ningún sistema de protección de las inversiones exteriores resultaba necesario), principalmente en el marco de las relaciones económicas mantenidas por los Estados Unidos de América y algunos Estados europeos con diversos Estados centro y sudamericanos y con fundamento en la difusión por aquéllos (en cuanto Estados exportadores de capitales) de, entre otros estándares, un estándar mínimo de trato de los inversores extranjeros

---

<sup>217</sup> En palabras de SCHRIJVER, “*the regulation of foreign investment has become a major bone of contention between industrialized and developing countries. While the former have emphasized the duty of all States to respect international law, including the fair treatment of foreign investors and the payment of prompt, adequate and effective compensation in the case of expropriation and nationalization, the latter claim free disposal of their natural resources and the right to take over foreign property when they see fit*”. SCHRIJVER, N. *Op. cit.* pág. 173.



(construido en muy buena medida sobre la base de diversos estándares domésticos del Derecho estadounidense).

Es en el anterior contexto en el que surge la “doctrina Hull” (*Hull rule*) -que propugnaba el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva (*prompt, adequate and effective*) en caso de expropiación de la propiedad privada- y la creación de sistemas de solución de controversias *ad hoc* a los que pudieran acudir los inversores extranjeros en el supuesto de que los tribunales nacionales no tutelaran adecuadamente sus derechos<sup>218</sup>.

A modo de reacción frente a la anterior “regla”, la “doctrina Calvo” (*Calvo clause*) defendía que a los inversores extranjeros les fuera otorgado el mismo trato que el dispensado a los nacionales del Estado en el que se ejecutara la inversión<sup>219</sup>.

Esta última doctrina, promovida desde diversos países iberoamericanos (atendida su condición de Estados tradicionalmente importadores de capital) ha sido reflejada en algunas constituciones nacionales<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> CORDELL HULL fue Secretario de Estado de los gobiernos de los Estados Unidos presididos por F.D. ROOSEVELT. La “doctrina Hull” fue elaborada al hilo de la reforma agraria llevada a cabo en México tras la promulgación de la Constitución de 1917, atendidos los importantes retrasos en el pago de las compensaciones debidas por razón de las expropiaciones realizadas en el marco de dicha reforma.

<sup>219</sup> CALVO, C., *Le droit international théorique et pratique*. vol. VI, Paris, 1896, págs. 231 y ss.

<sup>220</sup> La Constitución de México de 1917, al regular el derecho a la obtención de concesiones mineras, señala en su art. 17 que “el estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo”. La Constitución de Perú de 1993 señala en su art. 63 que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones” y que “en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”. Por su parte, su art. 71 indica que “en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática”. La Constitución ecuatoriana de 2008 indica en su art. 307 que “los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática (...)”, añadiendo su art. 339 que “la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos (...)”. La Constitución de Bolivia de 2009 establece en su art. 320 que “toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable. (aptdo. II) y que “las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos” (aptdo. III). Por último, en el art. 151 de la Constitución venezolana de 1999 se establece que “en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos

Por otra parte, la doctrina Calvo ha inspirado, en cierta medida, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la ONU<sup>221</sup> que, en su art. 2, establece que:

“1. Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.

2. Todo Estado tiene el derecho de:

a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera;

b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso;

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios”.

Las anteriores declaraciones pusieron claramente de manifiesto no ya solo la prevalencia de la soberanía sobre la protección de las inversiones exteriores, sino, además, la imposibilidad de considerar la *Hull rule* como estándar jurídico generalmente aceptado

---

contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

<sup>221</sup> Adoptada mediante Resolución 3281 de la Asamblea General de la ONU en su XXIX período de sesiones.

por la comunidad internacional (Derecho internacional consuetudinario) en materia de expropiación de la propiedad de los extranjeros.

El desmantelamiento de buena parte de las economías comunistas, el acaecimiento de diversas crisis financieras en varios países iberoamericanos durante la década de los ochenta del pasado siglo y la revisión en los mismos de la idea de “independencia económica”, sentaron las bases para el establecimiento de un nuevo esquema de protección de la propiedad de los extranjeros, esquema cuya primera manifestación la constituyen las Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Exterior Directa (*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*) aprobadas por el Banco Mundial el 21 de septiembre de 1992<sup>222</sup>, documento en el que se cubren cada una de las cuatro áreas que habitualmente contemplan los tratados de inversión (admisión, tratamiento y expropiación de las inversiones exteriores y resolución de disputas entre Estados e inversores) y se contemplan estándares abiertos, equitativos y consistentes tanto con las reglas emergentes del Derecho internacional consuetudinario como con las mejores prácticas identificadas por el propio Banco Mundial. Concretamente, la cuarta de las directrices se refiere a la expropiación de las inversiones exteriores y a la cuestión de los cambios unilaterales por el Estado anfitrión y por razones no comerciales de los contratos celebrados con inversores extranjeros.

Como señalan DOLZER y SCHREUER<sup>223</sup>, en el nuevo clima de relaciones económicas internacionales surgido a partir de la década de los noventa del pasado siglo la lucha frente a los estándares de protección de las inversiones extranjeras con arreglo al Derecho internacional consuetudinario pasó a ser, simplemente, un debate anacrónico y obsoleto.

Y es que desde dicho momento y hasta la actualidad, los Estados importadores de capital no solo dejaron de oponerse a la aplicación del Derecho internacional consuetudinario (frente al Derecho nacional) para la resolución de las disputas que puedan surgir en relación con la expropiación de inversiones exteriores realizadas en sus territorios, sino que han terminado por ofrecer a los inversores extranjeros una mayor protección, incluso, que la ofrecida por la *Hull rule*, como consecuencia de la celebración

---

<sup>222</sup> <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf> (a. 1/6/2021).

<sup>223</sup> DOLZER, R. y SCHREUER, C. (2012), *Principles of International Investment Law*, 2ª ed., Oxford University Press, pág. 5

de una tupida red de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones (tanto bilaterales como multilaterales) en los que se recogen determinados estándares de protección de las inversiones exteriores cuyo alcance es mucho mayor del que resulta de dicha regla (así, por ejemplo, los mismos suelen dispensar protección frente a las expropiaciones indirectas o la modificación de los contratos celebrados entre un Estado y un inversor) y en los que se contempla el arbitraje internacional como mecanismo obligatorio para la solución de las controversias que puedan surgir entre los inversores extranjeros y los Estados.

En un escenario caracterizado por la liberalización de los movimientos de capitales los países exportadores de los mismos terminaron promoviendo el establecimiento de mecanismos de protección de los inversores extranjeros que fueran más allá de la protección diplomática o de la exigencia por el Estado del que el inversor extranjero fuera nacional de la responsabilidad internacional del Estado huésped ante el Tribunal Internacional de Justicia<sup>224</sup>.

Es en el anterior contexto en el que los Estados, con la finalidad de mitigar el riesgo asociado a la aprobación de normas o a la adopción por las autoridades reguladoras del Estado receptor de la inversión exterior de decisiones que puedan perjudicar la misma (riesgo regulatorio), es decir, de reforzar la seguridad jurídica de los inversores extranjeros y, de esta forma, fomentar la inversión exterior directa por los mismos, han venido celebrando desde hace décadas<sup>225</sup> acuerdos, bilaterales o multilaterales, de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o acuerdos de libre comercio que incorporan capítulos relativos a la protección de las inversiones exteriores.

---

<sup>224</sup> El recurso al Tribunal Internacional de Justicia por parte de los Estados para la resolución de controversias relativas a inversiones exteriores ha sido testimonial, pudiendo citarse el asunto *Barcelona Traction Light and Power Company Limited, Bélgica c. España*, sentencia de 5 de febrero de 1970, en el que se examinan los perjuicios irrogados a una empresa de nacionalidad canadiense, aunque de propiedad belga, como consecuencia de diversas decisiones adoptadas por las autoridades españolas y en la que se sientan los principios de que la nacionalidad nominal de una compañía prima sobre su nacionalidad efectiva y de que la protección diplomática de un Estado se extiende no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, a. 1/6/2021) o el asunto *Elettronica Sicula, S.p.a. (SICULA), Estados Unidos c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 1989, en el que se analiza el posible incumplimiento del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado por ambos países el 2 de febrero de 1948 y su Acuerdo Suplementario de 26 de septiembre de 1951 como consecuencia del secuestro por parte del gobierno italiano de la planta y de los activos de una compañía italiana de fabricación de componentes electrónicos propiedad de dos compañías estadounidenses (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>, a. 1/6/2021).

<sup>225</sup> El primer acuerdo bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones exteriores fue celebrado entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959.

Dichos acuerdos internacionales, aunque celebrados entre Estados, ponen de manifiesto el creciente protagonismo que las empresas (particularmente, las multinacionales) han adquirido en la escena internacional, toda vez que los mismos encomiendan a tribunales privados la decisión de las controversias que puedan surgir entre inversores (igualmente privados) y Estados, enjuiciando el ejercicio por éstos de las potestades soberanas que les corresponden, función habitualmente reservada a los órganos jurisdiccionales internos.

En relación con dicho protagonismo, se ha denunciado la falta de legitimidad del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados y la sobreprotección de los primeros propiciada por el sistema vigente<sup>226</sup>.

Se ha llegado a afirmar, incluso, que *“in this area, private power has manipulated the low-order sources of international law, the writings of ‘highly qualified’ publicists and the decisions of judicial tribunals, to create a system of rules that it favours”*<sup>227</sup>.

Todo lo anterior ha llevado a un proceso de reflexión acerca del alcance de la protección de la inversión extranjera por el Derecho internacional de inversiones, proceso al que se aludirá ulteriormente.

Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de inversiones recogidos en los acuerdos de libre comercio suelen contener, idealmente:

- Regímenes jurídicos de protección del inversor de uno de los Estados parte y de la inversión por el mismo realizada frente a expropiaciones y medidas de efecto equivalente a la expropiación acordadas por el Estado receptor de aquélla.
- Regímenes jurídicos de tratamiento de las inversiones exteriores que obliguen al Estado huésped a dispensar al inversor extranjero y a dichas inversiones un “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” y, en su caso, el mismo trato que se dispense a los inversores nacionales de dicho Estado

---

<sup>226</sup> VAN HARTEN, G. (2008), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, págs. 17 y 43. Entre nosotros, FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. (2019), *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado*, Tirant lo Blanch; JAIME, M.L. (2014) “An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration: redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº. 21, págs. 93-102

<sup>227</sup> SORNARAJAH, M. (2017), *The International Law on ... op. cit.*, pág 48.

y a las inversiones realizadas por los mismos (cláusula de “trato nacional”) o a los inversores nacionales de terceros países y a las inversiones realizadas por los mismos (cláusula de la “nación más favorecida”).

- Mecanismos legales específicos y distintos del recurso a los tribunales de los Estados huéspedes de las inversiones exteriores para la solución de las controversias que puedan surgir en relación con las mismas entre los inversores extranjeros y dichos Estados.

El análisis de la extensión del riesgo regulatorio que concretamente haya de asumir un inversor extranjero con arreglo al Derecho internacional (es decir, de los límites que determinan que el Estado parte huésped de la inversión exterior incurra o no en responsabilidad internacional con ocasión de la modificación del marco regulatorio aplicable a la misma o de la adopción de decisiones que puedan perjudicarla) se circunscribe en el presente trabajo única y exclusivamente a los regímenes de protección de los inversores extranjeros y de las inversiones por los mismos realizadas frente a las expropiaciones y las medidas de efecto equivalente a la expropiación (es decir, frente a las denominadas expropiaciones indirectas) contemplados en dicho Derecho y al tratamiento de unos y otras con arreglo al estándar de trato justo y equitativo que el mismo habitualmente prevé.

Se trata de determinar si una interferencia proveniente de una modificación del marco regulatorio o del ejercicio de potestades públicas por el Estado huésped puede entenderse que da lugar a la expropiación de una inversión exterior (expropiación indirecta) o a la violación del derecho del inversor extranjero a que se le dispense al mismo o a su inversión un trato justo y equitativo.

Dicho análisis no se extiende, sin embargo, a la protección que puedan dispensar a los inversores extranjeros otro tipo de estándares como puedan serlo el de “plena protección y seguridad”, la cláusula de “trato nacional” o la cláusula de la “nación más favorecida”, o a los mecanismos de solución de las controversias que puedan surgir entre dichos inversores y los Estados receptores de las inversiones exteriores.

La obligación de los Estados de dispensar a los inversores extranjeros y a sus inversiones “plena protección y seguridad” queda circunscrita a la protección y seguridad “físicas” de los mismos.

La cláusula de “trato nacional” está destinada a borrar cualquier diferencia en el tratamiento y la protección de las inversiones entre los inversores nacionales y los extranjeros, de forma que los que puedan dispensarse al inversor extranjero sean, como mínimo, idénticos a aquellos a los que tengan derecho los inversores nacionales del Estado receptor de la inversión exterior.

Por su parte, la cláusula de la “nación más favorecida”, a salvo las exclusiones que pueda contener el correspondiente acuerdo, implica extender al inversor extranjero el régimen de protección y de tratamiento de las inversiones que resulte del convenio o de los convenios internacionales celebrados por el Estado receptor de la inversión con terceros Estados (multilateralización), siempre que el régimen contemplado en los mismos resulte más favorable para el inversor extranjero que el aplicable a los nacionales de dicho Estado<sup>228</sup>.

Pues bien, mientras que la protección jurídica frente a las expropiaciones o a las medidas de efecto equivalente a la expropiación o el estándar de trato justo y equitativo tienen carácter autónomo, es decir, definen por sí mismos (y no por referencia o reenvío a otras normas) el contenido de la protección o del tratamiento a dispensar al inversor extranjero, el tratamiento de la inversión exterior que pueda resultar de la “cláusula de trato nacional” o de la “cláusula de la nación más favorecida” resulta de la referencia o reenvío por dichas cláusulas ora al Derecho nacional ora al Derecho internacional convencional (a uno o a varios acuerdos o tratados internacionales concretos), dirigiéndose únicamente a evitar la discriminación del inversor extranjero, respectivamente, respecto de los inversores nacionales del Estado huésped de la inversión o de los inversores nacionales del tercer Estado a los que pueda dispensarse un trato más favorable.

---

<sup>228</sup> El reconocimiento de la “cláusula de la nación más favorecida” es frecuente en la práctica convencional. La misma ha sido invocada con éxito en diversos procedimientos de solución de controversias en materia de inversiones exteriores. Así, por ejemplo, en el asunto *Emilio Agustín Maffezini c. España* (CIADI, caso n° ARB/97/7, decisión de 25 de enero de 2000 sobre las objeciones jurisdiccionales planteadas por el demandado) el tribunal arbitral, rechazando el argumento de que el demandante no había cumplido con la exigencia de agotar los recursos internos antes de someter la controversia a arbitraje internacional establecida en el art. X del Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre España y Argentina, atendió a la inclusión en este último de la “cláusula de la nación más favorecida” y a la previsión de un régimen más favorable en el Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre España y Chile.

Obviamente y sin perjuicio del análisis de la protección de las inversiones con arreglo al Derecho español o el Derecho de la UE, excede de la finalidad del presente trabajo el análisis de la protección que pueda dispensarse al inversor extranjero en virtud de los preceptos sustantivos que, en su caso, puedan resultar de aplicación como consecuencia de la invocación de la “cláusula de trato nacional” o de la “cláusula de la nación más favorecida”.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la “cláusula de trato nacional” o la “cláusula de la nación más favorecida” no garantizan que el régimen de protección frente a expropiaciones o de tratamiento de la inversión que el Estado receptor aplique a sus propios nacionales o a los nacionales de un tercer Estado, respectivamente, no constituya una expropiación de la inversión exterior o una medida de efecto equivalente a la misma de conformidad con el Derecho internacional o no implique una violación del estándar de trato justo y equitativo que debe dispensarse a las inversiones exteriores con arreglo al mismo.

Por último y en lo que a los mecanismos de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados se refiere, el presente trabajo pretende delimitar el riesgo regulatorio desde un punto de vista sustantivo, de forma que las referencias que puedan realizarse a dichos mecanismos lo son exclusivamente en la medida en que las mismas contribuyan a la consecución del indicado objetivo.

Consiguientemente, a continuación se analizan, siempre desde la perspectiva del Derecho internacional de inversiones, el régimen de protección de los inversores extranjeros y de las inversiones exteriores frente a las medidas de efecto equivalente a la expropiación (expropiaciones indirectas) y la obligación de dispensar a aquéllos y a éstas un trato justo y equitativo, examinándose las fuentes, la evolución, el contenido actual y las perspectivas de futuro de dicho régimen y de dicha obligación.



## **5.2. La protección de las inversiones exteriores frente a expropiaciones y medidas de efecto equivalente**

En el Derecho internacional de inversiones la principal fuente de controversias entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de las inversiones exteriores ha sido históricamente la derivada de la expropiación de la propiedad (*taking of property*), de las nacionalizaciones e, incluso, de las simples confiscaciones.

El Diccionario del Español Jurídico define la “expropiación” como la “privación de la propiedad privada o de derechos o intereses legítimos por razones de utilidad pública o interés social y previa la correspondiente indemnización”.

La “nacionalización”, por su parte, consiste en toda “actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios que quedan reservados al Estado”. La misma se diferencia de la expropiación por su alcance general (no viene referida a bienes concretos y determinados, afectando usualmente a un sector o industria concretos considerados en su conjunto) y la posibilidad de que en ciertos casos (si los bienes o servicios son originariamente públicos) pueda acordarse la “nacionalización” sin necesidad de satisfacer compensación alguna (optando el Estado por la gestión y explotación directa de dichos bienes y servicios).

Por último, se entiende por “confiscación” el “acto de incautar o privar de posesiones o bienes para su incorporación al erario público, sin compensación”<sup>229</sup>.

Dejando al margen las confiscaciones, presididas usualmente por la arbitrariedad, por la ausencia de procedimiento debido (*due process of law*) y por la inexistencia de compensación, las nacionalizaciones han dejado de tener la importancia que tuvieron en otros momentos históricos, particularmente, durante diferentes períodos revolucionarios acaecidos en el siglo XX.

En cuanto a las expropiaciones, para ser conformes con el Derecho internacional, deben perseguir un interés público, ajustarse al procedimiento legal e ir acompañadas del pago de una compensación “adecuada”, no necesariamente “completa” (*full compensation*).

---

<sup>229</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).

De cara a garantizar el cumplimiento de las anteriores exigencias, los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio suelen proteger a los inversores extranjeros frente a las expropiaciones estableciendo los requisitos que deben concurrir para que las mismas puedan reputarse conformes con el Derecho internacional.

El concepto de expropiación propio del Derecho internacional de inversiones, inicialmente ligado a la desposesión material de los bienes propiedad del inversor extranjero, ha ido evolucionando hasta acoger en su seno las denominadas expropiaciones indirectas, expropiaciones que, sin implicar la transferencia de la propiedad de los bienes en que consista la inversión exterior, privan al inversor, sustancialmente, de su valor o le impiden gestionarla, utilizarla o controlarla, todo ello con carácter permanente.

El tribunal del asunto *Metalclad c. México* se refirió a las expropiaciones indirectas en los siguientes términos:

“La expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”<sup>230</sup>.

Las expropiaciones indirectas pueden producirse como consecuencia de una o varias medidas imputables al Estado huésped de la inversión, hablándose en el segundo de los casos de “expropiaciones progresivas” o “graduales” (*creeping expropriations*).

Usualmente las mismas consisten en actos, actuaciones u omisiones imputables a las autoridades gubernamentales (revocaciones, cancelaciones, denegación de prórrogas), aunque nada obsta a que puedan tener su origen en actuaciones del poder legislativo o, incluso, judicial.

---

<sup>230</sup> *Metalclad Corporation c. México*, CIADI, caso n° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 103.

Las expropiaciones indirectas, para resultar conformes con el Derecho internacional, han de cumplir los mismos requisitos que las expropiaciones directas (interés público, procedimiento debido y compensación).

Las expropiaciones indirectas han adquirido un notable protagonismo en el Derecho internacional de inversiones atendida la proliferación de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y de acuerdos de libre comercio con capítulos de protección de inversiones, en los que se protege a los inversores extranjeros frente a dichas expropiaciones, y a la mayor intervención de los Estados en la economía tanto en situaciones ordinarias (defensa de la salud y de la seguridad públicas, protección del medio ambiente, de los derechos de los trabajadores o de los consumidores y usuarios) como extraordinarias (para hacer frente a situaciones de crisis económica).

Por último y teniendo en cuenta que cualquier inversión exterior ha de realizarse de conformidad con el marco regulatorio vigente en el Estado huésped al tiempo de su ejecución, la modificación por dicho Estado del indicado marco o la adopción de cualesquiera medidas en ejercicio de sus poderes de policía, aunque pueda ajustarse plenamente a los procedimientos contemplados en el ordenamiento jurídico doméstico (*due process of law*), puede perjudicar a las indicadas inversiones. Dichas medidas regulatorias, sin embargo, no tienen carácter expropiatorio y, en principio, no dan derecho a compensación alguna a favor del inversor extranjero.

Como señaló el tribunal del asunto *Methanex c. Estados Unidos*:

*“[A]n intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation”<sup>231</sup>.*

La cuestión, obviamente, consiste en determinar si la modificación del marco regulatorio vigente al tiempo de acometer un inversor extranjero una determinada inversión o el ejercicio por el Estado huésped de sus poderes de policía con posterioridad

---

<sup>231</sup> *Methanex Corporation c. EE.UU.*, UNCITRAL, laudo de 3 de agosto de 2005, aptdo. IV.D, parágrafo 7.

a la misma puede llegar a calificarse como expropiación indirecta y obligar a dicho Estado a compensar al indicado inversor.

De hecho, los inversores extranjeros vienen invocando regularmente las disposiciones de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones y de los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio que obligan a los Estados huéspedes de las correspondientes inversiones a responder frente a las expropiaciones indirectas para impugnar medidas de naturaleza regulatoria adoptadas por los mismos (p.ej. la prohibición o la restricción de determinadas actividades económicas con incidencia sobre la salud o el medio ambiente) y que perjudican las inversiones por los mismos realizadas.

De ahí que la aplicación de las disposiciones en materia de expropiación de inversiones exteriores por los tribunales previstos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y en los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio y a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores y Estados ponga sobre la mesa el debate acerca de cuál debe ser la protección a dispensar a los mismos y cuál debe ser el ámbito propio en el que dichos Estados pueden legítimamente regular y actuar.

Como señala la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (“CNUCYD” o “UNCTAD”), *“the task of distinguishing between non-compensable regulation, on the one hand, and indirect expropriation, on the other, is one of the key issues in modern international investment law”*<sup>232</sup>.

El presente apartado se dirige, precisamente, a deslindar las expropiaciones indirectas de las medidas regulatorias de carácter no expropiatorio.

a) *Orígenes y evolución de la protección dispensada por el Derecho internacional de inversiones frente a las expropiaciones.*

La protección que dispensa en la actualidad el Derecho internacional de inversiones a los inversores extranjeros frente a la expropiación de las inversiones realizadas por los

---

<sup>232</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2012, pág. 78.

mismos se fraguó, esencialmente, en el marco de los conflictos surgidos durante las primeras décadas del siglo XX respecto de determinadas inversiones realizadas por compañías mayormente estadounidenses en Estados del centro y del sur del continente americano en los que se acometieron diversos procesos de nacionalización o expropiación.

Los Estados Unidos de América entendieron que cualquier expropiación, independientemente de que pudiera acometerse o no en el marco de programas de reforma económica, debía dar lugar a la oportuna compensación para no resultar contraria a las exigencias del Derecho internacional.

Los ordenamientos jurídicos domésticos de algunos de los Estados que acometieron los indicados programas de reforma económica consideraron, sin embargo, que determinadas expropiaciones de bienes realizadas en dicho marco gozaban de la condición de “expropiaciones regulatorias” que no daban derecho a compensación alguna a favor de los inversores.

El hecho que mejor ejemplifica el anterior conflicto es, muy probablemente, la nacionalización de la industria petrolera mexicana decretada en 1938 con fundamento en el art. 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917<sup>233</sup>.

España transmitió a México, con ocasión de su independencia (Tratado de Paz de 22 de diciembre de 1836), todos los derechos soberanos titularidad del rey de España, incluido el dominio eminente sobre todas las riquezas existentes en el subsuelo de dicho país.

El dominio eminente transmitido se mantuvo separado de la propiedad del suelo hasta la aprobación del Código de Minas de 22 de noviembre de 1884, cuyo art. 10 estableció que “son de la exclusiva propiedad del dueño del suelo, quien por lo mismo, sin necesidad de denuncia ni de adjudicación especial, podrá explotar y aprovechar (...) el petróleo (...)”.

---

<sup>233</sup> Vid. ABOITES, L. y LOYO, E. (2010) “La construcción del nuevo Estado, 1920-1945”, en VELÁSQUEZ GARCÍA, E. y otros. *Nueva historia general de México*, El Colegio de México, págs. 595-652; CÁRDENAS GRACIA, J. (2009) “La disputa por el petróleo en México. Breve historia de los hidrocarburos”, en *En defensa del petróleo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 11-59. Puede accederse a un ejemplar de dicha obra en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2729/5.pdf> (a. 1/6/2021).

Durante el Porfiriato, la ley de 4 de julio de 1892 derogó la anterior regulación y pasó a establecer de forma más rotunda aún (art. 40) que “el dueño del subsuelo explotará libremente, sin necesidad de concesión especial en ningún caso, las substancias minerales siguientes: los combustibles minerales, (...) la producción minera legalmente adquirida, y la que en lo sucesivo se adquiera con arreglo a esta ley será irrevocable y perpetua”.

También durante dicho régimen se aprobó la primera Ley del Petróleo (ley de 24 de diciembre de 1901) que facultaba al gobierno para otorgar concesiones sobre terrenos de dominio público a las compañías extranjeras que se establecieran en México, concediendo a las mismas, entre otros beneficios, el de resultar beneficiarias de expropiaciones de terrenos susceptibles de explotación petrolífera o el de adquirir terrenos nacionales al precio de baldíos.

Al amparo de las anteriores medidas legislativas y de fomento tuvo lugar tanto la adquisición masiva de suelo por diversos empresarios extranjeros (hacia 1892 se había vendido una superficie equivalente al 18% del territorio mexicano) como la implantación y el rápido desarrollo en el país de las principales compañías petroleras de la época (*Standard Oil* y *Royal Dutch-Shell*).

La Constitución mexicana de 1917, que puso término a la revolución iniciada en 1910 contra el régimen de PORFIRIO DÍAZ, contempla en su art. 27 la regulación de la propiedad tanto del suelo como del subsuelo.

Respecto del primero (el suelo integrante del territorio nacional), se entendió que el mismo es susceptible de propiedad privada pudiendo ser expropiado por causa de utilidad pública mediante la correspondiente indemnización (sin perjuicio de reservarse el Estado el derecho a “imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”).

En cuanto al subsuelo, la Constitución de 1917 regresa a la concepción tradicional y reconoce al Estado el dominio directo de todos los minerales o substancias existentes en el mismo, incluidos “el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos”.

Respecto de dicho elemento, el expresado precepto indica, además, que “el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que prevengan las leyes” y que, aunque el derecho para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana corresponde, en principio, a mexicanos por nacimiento o por naturalización y a las sociedades mexicanas, el Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros “siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo”.

Por último, la norma declara “revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, por una sola persona o sociedad, y se le faculta al Ejecutivo de la Unión, para declararlos nulos, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público”.

La promulgación del expresado precepto dio lugar a diversas amenazas y conflictos diplomáticos, con origen principalmente en los Estados Unidos de América -que llevaron, incluso, a la celebración en 1923 y a la aplicación durante el mandato del presidente ÁLVARO OBREGÓN del Tratado de Bucareli, acuerdo bilateral que supuso dejar sin aplicar el art. 27 de la Constitución mexicana-, y a numerosos recursos fundamentados en el carácter confiscatorio y retroactivo de la previsión constitucional y de las leyes que pretendieron desarrollarla.

Mientras las autoridades estadounidenses consideraban que cualquier cambio de los términos de las concesiones petroleras otorgadas durante el Porfiriato suponía la aplicación retroactiva del art. 27 de la Constitución de forma contraria a lo previsto por las normas de Derecho internacional, las mexicanas entendían que el dominio eminente y originario del Estado sobre el suelo y el subsuelo formaban parte de la soberanía nacional.

Aunque México aprobó mediante ley de 31 de diciembre de 1925 un régimen para el otorgamiento de concesiones temporales (por un plazo de cincuenta años, como máximo) a favor de los titulares de derechos sobre terrenos o de contratos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1917, éstos optaron por no acogerse a dicho régimen (lo que, en teoría, implicaba la renuncia a dichos derechos y contratos).

La Corte Suprema mexicana, bajo intensas presiones diplomáticas estadounidenses, declaró inconstitucional mediante sentencia de 17 de noviembre de 1927 la legislación aprobada en 1925, entendiendo que los derechos de las compañías sobre el subsuelo eran derechos adquiridos y no meras expectativas, teniendo la fijación de un límite temporal de cincuenta años carácter retroactivo. La reforma de los preceptos declarados inconstitucionales confirmó los derechos adquiridos con anterioridad al mes de mayo de 1917.

Finalmente, y como consecuencia de un enconado conflicto colectivo, se puso de manifiesto la ocultación al gobierno mexicano de una parte importante de las utilidades obtenidas por las compañías extranjeras, poniéndose las bases para la nacionalización de la industria petrolera mexicana.

Así, en el marco dibujado por los anteriores antecedentes y a la vista de que la industria del petróleo no contribuía positivamente al desarrollo económico del país, el presidente LÁZARO CÁRDENAS decretó la expropiación (realmente, la nacionalización) de la industria petrolera mexicana el 18 de marzo de 1938 con fundamento en lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución.

Concretamente, el art. 1 del correspondiente decreto declaró expropiados “por causa de utilidad pública y a favor de la nación, las maquinarias, instalaciones, edificios, oleoductos, refinerías, tanques de almacenamiento, vías de comunicación, carros-tanque, estaciones de distribución, embarcaciones y todos los demás bienes muebles e inmuebles de propiedad” de las diferentes compañías petroleras “en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Economía Nacional para el descubrimiento, captación, conducción, almacenamiento, refinación y distribución de los productos de la industria petrolera”. Su art. 3 señaló que “la Secretaría de Hacienda pagará la indemnización correspondiente a las compañías expropiadas de conformidad con lo que disponen los artículos 27 de la Constitución, en efectivo y en un plazo que no excederá de 10 años”.



El Decreto de 18 de marzo de 1938 no se refirió a la expropiación de los mantos petrolíferos existentes en el subsuelo dado que el art. 27 de la Constitución había declarado los mismos como bienes de dominio público.

La expropiación de los activos de las empresas petroleras radicadas en México dio lugar a la ruptura de relaciones diplomáticas con dicho país por los Estados Unidos de América y el Reino Unido, a un intenso boicot comercial del petróleo mexicano y a un sinnúmero de recursos y reclamaciones.

Tras la confirmación por la Corte Suprema de la constitucionalidad de las medidas adoptadas por las autoridades mexicanas en 1938 y la aceptación por los Estados Unidos de América y el Reino Unido del derecho de México a expropiar los activos de las compañías petroleras, el debate se trasladó a la cuestión del monto de la compensación a satisfacer a las compañías por razón de la expropiación de los indicados activos, existiendo pareceres discrepantes no solo entre las partes enfrentadas sino, incluso, dentro de la propia delegación estadounidense.

Así, mientras el presidente ROOSEVELT entendía que la misma debía calcularse sobre el valor de los activos mobiliarios e inmobiliarios expropiados, el Secretario de Estado HULL consideraba que el pago, además de tener que hacerse con carácter inmediato, debía incluir el valor de las reservas petrolíferas.

Finalmente se establecieron sendas comisiones bilaterales para determinar el monto de las indemnizaciones a percibir por las compañías cuyos activos fueron expropiados (esencialmente, *Standard Oil* y *Royal Dutch-Shell*).

Debates parecidos al anteriormente descrito se mantuvieron con ocasión de las nacionalizaciones y expropiaciones realizadas por las autoridades de la Rusia soviética tras la Revolución de 1917<sup>234</sup>, por los Estados con regímenes comunistas surgidos después de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial o por los nuevos Estados surgidos

---

<sup>234</sup> Vid. SERGE, V. (1999) *El año I de la Revolución rusa*, Siglo XXI Editores, 5ª Ed., págs. 275 y ss. Desde el Decreto de 26 de octubre de 1917 que “expropió” los derechos de propiedad agraria (su art. 1 expresaba que “queda abolida en el acto, sin indemnizaciones, la propiedad inmueble de las tierras”), las autoridades rusas decretaron la expropiación y nacionalización, sin compensación alguna, de un amplísimo conjunto de bienes y derechos (incluido el capital comercial, industrial y bancario).

en Asia y en África como consecuencia de los procesos de descolonización habidos tras dicha contienda bélica.

Debates análogos a los anteriores, aunque marginales, siguen suscitándose en la actualidad, particularmente en algunos Estados latinoamericanos<sup>235</sup>.

En todo caso, debajo de todos los indicados debates late la diferente concepción que del derecho de propiedad mantienen los distintos Estados (y, por ende, el alcance más o menos amplio de la “función social” de dicho derecho en cada uno de ellos), lo que se traduce en pareceres dispares en cuanto a la intensidad del interés público que pueda justificar la expropiación de la propiedad privada o al alcance de la compensación “apropiada” a que pueda tener derecho el inversor extranjero en caso de que la misma sea acordada.

*b) Protección frente a la expropiación y las medidas de efecto equivalente a la expropiación.*

Los diversos enfoques acerca de la protección de las inversiones exteriores frente al fenómeno de las expropiaciones que han convivido en el mundo durante una parte importante del siglo XX ponen de manifiesto la dificultad que existe para el nacimiento de costumbres internacionales en dicha materia.

Es por ello, que la protección de las inversiones exteriores frente a las expropiaciones se ha desarrollado principalmente al hilo de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores, de los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio que celebran los Estados y de la interpretación de unos y otros por los tribunales arbitrales a los que se encomienda la solución de las controversias entre inversores extranjeros y Estados.

Las formulaciones contenidas en dichos acuerdos suelen dispensar protección tanto frente a las expropiaciones directas como frente a las indirectas, relacionando los

---

<sup>235</sup> Vid. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20130218/expropiaciones-en-bolivia-durante-el-mandato-de-morales-2321371> (a. 1/6/2021) en cuanto a las expropiaciones y nacionalizaciones llevadas a cabo en Bolivia durante los mandatos de Evo Morales.

requisitos que han de concurrir para que unas y otras resulten conformes con las exigencias del Derecho internacional.

A continuación se hace referencia a algunas de las formulaciones más habituales contenidas en diversos acuerdos celebrados por España.

Las formulaciones más sencillas se limitan a relacionar los requisitos que deben concurrir para que pueda acordarse la expropiación, directa o indirecta, de las inversiones extranjeras.

Así, por ejemplo, el art. 4.1 del acuerdo de 9 de noviembre de 1989 para la promoción y la protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino España y la República de Hungría<sup>236</sup> prohibía a los Estados parte de dicho acuerdo adoptar medidas que implicaran una “privación” directa o indirecta de las inversiones realizadas por nacionales del otro Estado parte que no se ajustaran a las exigencias indicadas, entre las que se encontraba el pago de una indemnización “equitativa”:

“Ninguna Parte contratante tomará medida alguna por la que se prive, directa o indirectamente, a los inversores de la otra Parte contratante de sus inversiones a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

Las medidas se tomen en interés público y por vía legal

Las medidas no sean discriminatorias o contrarias a un compromiso tomado por la primera parte contratante

Las medidas estén acompañadas de una partida para el pago de una indemnización equitativa, que se abonará y transferirá sin excesiva tardanza”.

Se refiere a la nacionalización, a la expropiación y a “cualquier otra medida de características o efectos similares” el acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino de España y la República Argentina el 3 de octubre de 1991 (BOE de 18 de noviembre de 1992). El mismo condiciona su validez a que, entre otros requisitos, se satisfaga al inversor extranjero una “indemnización adecuada”. Concretamente, su art. V expresa lo siguiente:

“La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades

---

<sup>236</sup> Este acuerdo se ha declarado terminado por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).

de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada en moneda convertible”.

Algunos acuerdos determinan, además, la forma de calcular la “indemnización adecuada” a que pueda tener derecho el inversor extranjero. Es el caso, por ejemplo, del acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre el Reino de España y la República de Filipinas el 19 de octubre de 1993 (BOE de 17 de noviembre de 1994) que, además de pronunciarse en términos análogos a los de los acuerdos anteriormente transcritos, se refiere asimismo al derecho del inversor extranjero a una “compensación adecuada y efectiva” y establece que ha de corresponder al “valor de mercado inmediatamente antes del anuncio de la expropiación”. Concretamente, su art. 4 expresa lo siguiente:

“1. Las inversiones o las rentas de la inversión de cualquiera de las dos Partes no serán nacionalizadas, expropiadas ni sometidas a medidas que tengan efectos equivalente a los de la nacionalización o expropiación, entre otras las medidas jurídicamente independientes de deposeimiento o incautación, englobadas todas ellas en adelante en el término “expropiación”, en el territorio de la otra Parte, excepto por causas de utilidad pública o de interés público, incluidas las que tengan fines asistenciales o defensivos, y ello mediante una compensación adecuada y efectiva, a condición de que tales medidas se tomen sin carácter discriminatorio y de conformidad con la ley.

2. Dicha compensación corresponderá al valor de mercado inmediatamente antes del anuncio de la expropiación de las inversiones afectadas y se pagará sin demora injustificada, será realizable efectivamente, y libremente transferible”.

Otros acuerdos celebrados con posterioridad aluden, además de a una compensación que coincida con el “valor de mercado”, al derecho del inversor extranjero a que la expropiación pueda ser revisada sin mayor dilación por un órgano independiente del Estado parte que haya acordado la misma.

Es el caso del acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre el Reino España y los Estados Unidos Mexicanos el 10 de octubre de 2006 (BOE de 3 de marzo de 2008), acuerdo cuyo art. V indica lo siguiente:

“1. Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará una inversión, directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización («expropiación»), salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) conforme al principio de legalidad; y
- d) mediante el pago de una indemnización conforme al párrafo 2 siguiente.

2. La indemnización:

a) será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. El valor justo de mercado no reflejará cambio alguno en el valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida públicamente con antelación.

Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor de los activos, incluido el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

b) será pagada sin demora.

c) incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

d) será completamente liquidable y libremente transferible.

3. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso, para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo”.

Otros acuerdos especifican que la expropiación puede afectar a una empresa nacional del Estado parte expropiante en la que participen inversores extranjeros nacionales del otro Estado parte, supuesto en el que habrá de satisfacerse a los mismos una indemnización.

Es el caso, por ejemplo, del acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre el Reino de España y la República de Guinea

Ecuatorial el 22 de noviembre de 2003 (BOE de 12 de enero de 2004), acuerdo cuyo art. 5.5 señala que:

“Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente, y en la que exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente Artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva”.

Y, por último, existen acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones suscritos por España, como el celebrado con la República de Colombia el 31 de marzo de 2005 (BOE de 12 de septiembre de 2007), que reservan a los Estados parte el derecho a establecer monopolios, asimilando el ejercicio de dicho derecho al de una expropiación.

En el anterior sentido, el art. 4 del expresado acuerdo indica en su aptdo. 6 lo siguiente:

“Las Partes Contratantes podrán establecer, de conformidad con la ley y por razones de utilidad pública o interés social, monopolios que priven a un inversionista de desarrollar una actividad económica. El inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente artículo”.

En cuanto a los acuerdos multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de los que es parte España, puede hacerse mención al art.13 Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”) que, además de las exigencias de carácter general para que las expropiaciones resulten conformes con el Derecho internacional (interés público, procedimiento legal, carácter no discriminatorio e indemnización), incluye la práctica totalidad de los matices a los que se ha hecho referencia anteriormente:

“1) 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.

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado "fecha de valoración").

Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago.

2) 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, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1).

3) En aras de una mayor claridad, se considerará un acto de expropiación la situación en la que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad o empresa de su territorio en la cual hayan invertido los inversores de cualquier otra Parte Contratante, incluso cuando se haya hecho mediante una participación en el capital".

De la anterior exposición resulta que no hay en los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados por España criterios que permitan determinar en qué consisten exactamente las expropiaciones indirectas y cómo pueden diferenciarse las mismas de las medidas regulatorias de carácter no expropiatorio.

Otros Estados, conscientes de la dificultad que representa el establecimiento de dicha distinción, han optado por incluir en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores que celebran criterios de diferenciación entre unas y otras.

Así, por ejemplo, el modelo de acuerdo bilateral de inversiones aprobado por Canadá en 2004 (y en el mismo sentido el aprobado por los Estados Unidos de América el mismo año), base de muchos de los acuerdos celebrados posteriormente por dicho país con otros Estados, incluía un anexo sobre expropiación (anexo B.13.(1)), que, además de

definir qué es y cuándo existe una expropiación indirecta, señala cuándo las medidas regulatorias no tienen dicha condición:

*“The Parties confirm their shared understanding that:*

*a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;*

*b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*

*i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;*

*ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and*

*iii) the character of the measure or series of measures;*

*c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation”.*

Este tipo de formulaciones en las que se especifica qué constituye (y qué no) una expropiación indirecta se ha generalizado en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio más recientes.

Así, por ejemplo, el art. 8.12 del CETA señala que:

*“1. Ninguna Parte nacionalizará ni expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación («expropiación»), excepto:*

*a) por interés público;*

*b) con arreglo al debido procedimiento legal;*

*c) de forma no discriminatoria; y*



d) mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva.

Para mayor seguridad, el presente apartado deberá interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el anexo 8-A.

2. La compensación mencionada en el apartado 1 equivaldrá al justo valor de mercado que tenía la inversión en el momento inmediatamente anterior a que se hiciera pública la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha es anterior. Entre los criterios de evaluación se incluirán el valor en funcionamiento, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad tangible, y otros criterios, según proceda, para determinar un valor de mercado justo.

3. La compensación incluirá también un interés a un tipo comercial normal desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago y, a fin de que sea eficaz para el inversor, deberá pagarse y transferirse, sin demora, al país que designe el inversor y en la moneda del país del que el inversor sea nacional o en cualquier moneda libremente convertible aceptada por el inversor.

4. El inversor afectado tendrá derecho, con arreglo al Derecho de la Parte expropiadora, a que un órgano judicial u otro órgano independiente de esa Parte efectúe una rápida revisión de su demanda y de la valoración de su inversión, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo (...).”

Y el Anexo 8-A del CETA indica lo siguiente:

“1. La expropiación puede ser directa o indirecta:

a) la expropiación directa se produce cuando una inversión se nacionaliza o se expropia directamente de otro modo mediante una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación; y

b) la expropiación indirecta tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación.

2. La determinación de si una medida o un conjunto de medidas de una Parte, en una situación de hecho concreta, constituyen una expropiación indirecta exige una investigación caso por caso y basada en hechos, que tenga en cuenta, entre otros, los factores siguientes:

a) el impacto económico de la medida o el conjunto de medidas, si bien el hecho de que una medida o un conjunto de medidas adoptadas por una Parte

tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión no demuestra, por sí solo, que se haya producido una expropiación indirecta;

b) la duración de la medida o del conjunto de medidas de una Parte;

c) el grado en que la medida o el conjunto de medidas interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones; y

d) el carácter de la medida o el conjunto de medidas, en particular su objetivo, contexto y finalidad.

3. Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”.

Como puede advertirse, incluso formulaciones como la anterior pueden generar dudas acerca del alcance de los requisitos cuyo cumplimiento o incumplimiento determinan la existencia o inexistencia de una expropiación indirecta, resultando fundamental conocer en qué forma están interpretándolas los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores extranjeros y Estados.

*c) La distinción entre las expropiaciones indirectas y las medidas regulatorias de carácter no expropiatorio por los tribunales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores y Estados.*

Para poder determinar la existencia de una expropiación indirecta debe analizarse el “impacto económico” del acto o de los actos en que la misma pueda consistir, el “alcance de la interferencia” sobre las expectativas del inversor y la “naturaleza, propósito y carácter” de los mismos.

#### *i.- Impacto económico de la medida o medidas estatales*

Para que exista una expropiación indirecta es necesario que la medida o medidas en que aquélla pueda consistir destruya sustancialmente y con carácter permanente el valor de la inversión y su utilidad para el inversor, de forma que no basta con que dichos efectos

sean significativos, sino que deben ser equivalentes (*tantamount to, equivalent to*) a los de una expropiación directa (“*the affected property must be impaired to such an extent that it must be seen as a taken*”<sup>237</sup>).

Este requisito es aplicado por los tribunales de forma rigurosa, haciendo que muchas reclamaciones formuladas frente a medidas adoptadas por un Estado que incidan sustancialmente sobre inversiones realizadas por inversores extranjeros no logren prosperar.

Así, la producción de lucro cesante para el inversor extranjero como consecuencia de la adopción de una determinada medida por el Estado huésped de la inversión no resulta suficiente para poder entender que ha existido una expropiación indirecta (“*the loss of benefits or expectations under a contract is not a sufficient criterion for an expropriation of an enterprise*”<sup>238</sup>).

Para que pueda apreciarse la concurrencia del expresado requisito resulta necesario que se produzca una destrucción sustancial del valor de la inversión o una privación al inversor extranjero de su control.

Respecto de dicha destrucción, señala el tribunal del asunto *LG&E c. Argentina* que

“[E]n numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión. Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan”<sup>239</sup>.

Y en el asunto *CMS c. Argentina*, el tribunal afirma rotundamente que “*the essential question is therefore to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized*”<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> *GAMI Investments c. México*, laudo de 15 de noviembre de 2004, párrafo 126.

<sup>238</sup> *Waste Management Inc. c. México*, n° ARB (AF)/98/2, laudo de 2 de junio de 2000, párrafo 159.

<sup>239</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/02/1, decisión de 3 de octubre de 2006 sobre responsabilidad, párrafo 191.

<sup>240</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, párrafo 262.

Alternativamente a la pérdida del valor de la inversión, resulta posible que la medida o las medidas discutidas determinen la pérdida por el inversor extranjero de su control.

Así, el tribunal del asunto *LG&E c. Argentina* afirma que “*ownership or enjoyment can be said to be “neutralized” where a party no longer is in control of the investment or where it cannot direct the day-to-day operations of the investment*”<sup>241</sup>.

En el mismo sentido, en el asunto *Enron c. Argentina* se relacionan las siguientes situaciones que determinan una pérdida de control de la inversión por el inversor extranjero:

*“Substantial deprivation results in that light from depriving the investor of the control of the investment, managing the day-to-day operations of the company, arrest and detention of company officials or employees, supervision of the work of officials, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part”*<sup>242</sup>.

De forma que no existe expropiación indirecta si lo que se produce es una pérdida de valor de la inversión como consecuencia de las medidas aprobadas pero el inversor mantiene su control.

Por último, resulta preciso que las medidas que determinen ora la destrucción del valor de la inversión ora la pérdida del control sobre la misma por el inversor, tengan carácter permanente y definitivo.

Así, por ejemplo, el tribunal del asunto *Tecmed c. México* señaló que “se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente”<sup>243</sup>.

Si las medidas tienen carácter transitorio no existirá, en principio, una expropiación.

---

<sup>241</sup> *LG&E c. Argentina*, parágrafo 188.

<sup>242</sup> *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/3, laudo de 22 de mayo de 2007, parágrafo 245.

<sup>243</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, CIADI, caso n°. ARB (AF)/00/2, laudo de 21 de mayo de 2003, parágrafo 116.

*ii.- Interferencia con las expectativas razonables del inversor extranjero*

El cambio del marco regulatorio aplicable a una determinada inversión es un riesgo que cualquier inversor, nacional o extranjero, debe evaluar y asumir, sin que dicho cambio tenga *per se* relevancia alguna a efectos expropiatorios.

Como expresa el tribunal del asunto *Waste Management c. México*, “no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el Artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero, o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios”<sup>244</sup>.

La conducta de los Estados huéspedes de las inversiones exteriores puede hacer nacer en el inversor extranjero la expectativa de que los mismos no adoptaran determinadas medidas, particularmente en caso de que se hayan asumido compromisos específicos al respecto.

La valoración de las posibles expectativas de los inversores extranjeros debe hacerse de manera objetiva, tomando en consideración las diversas circunstancias que hayan rodeado la inversión, incluida la calidad institucional del Estado huésped.

Como señala el tribunal del asunto *Methanex c. Estados Unidos*, las medidas de índole regulatoria que pueda adoptar el Estado huésped no tendrán carácter expropiatorio salvo que se hayan asumido compromisos específicos (“*unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation*”<sup>245</sup>), quedando notablemente restringida de esta forma la protección que pueda dispensarse al inversor extranjero frente a las medidas de carácter regulatorio.

*iii.- Naturaleza, finalidad y características de las medidas discutidas*

Por último, debe valorarse cuál pueda ser la finalidad perseguida por la medida o medidas estatales que afecten negativamente a las inversiones exteriores, de forma que

---

<sup>244</sup> *Waste Management c. México*, párrafo 177

<sup>245</sup> *Methanex c. EEUU*, aptdo. IV.D, párrafo 7.

las medidas no discriminatorias y proporcionadas adoptadas de buena fe para la consecución de objetivos de interés público no pueden ser consideradas como constitutivas de una expropiación indirecta.

En el asunto *Saluka c. República Checa*, el tribunal se refiere al normal ejercicio de las facultades regulatorias por los Estados receptores de la inversión exterior, ejercicio que, siempre que se realice de buena fe y no resulte discriminatorio, exime a los mismos de tener que satisfacer indemnización alguna al inversor extranjero:

*“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare”*<sup>246</sup>.

Como puede advertirse, la exigencia combinada de los tres anteriores requisitos reduce significativamente el alcance de la protección de los inversores extranjeros frente a las expropiaciones indirectas.

En todo caso, la delimitación de las expropiaciones indirectas exige determinar no solo sus requisitos sino, igualmente, las condiciones que rodean el normal ejercicio por los Estados de su potestad de regular en beneficio del interés general.

El problema no es otro que el identificado en el asunto *Saluka c. República Checa*:

*“International law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered “permissible” and “commonly accepted” as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law”*<sup>247</sup>.

Y es que, como señala el tribunal del asunto *Fireman’s Fund c. México*:

“Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor, los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado

---

<sup>246</sup> *Saluka Investments c. República Checa*, UNCITRAL, laudo de 17 marzo de 2006, parágrafo 255.

<sup>247</sup> *Saluka c. República Checa*, parágrafo 263.

receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe”<sup>248</sup>.

El derecho de los Estados a adoptar regulaciones generales forma parte de sus poderes de policía, careciendo, por lo general, de relevancia expropiatoria.

Ello, según se señala en el asunto *Saluka c. República Checa*, constituye un principio de Derecho internacional consuetudinario:

*“The principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today”*<sup>249</sup>.

Dicho principio es reconocido habitualmente en la práctica arbitral.

Así, por ejemplo, en el asunto *Chemtura c. Canadá* se afirma que las medidas no discriminatorias adoptadas con arreglo al procedimiento establecido y por razones de interés público (en el caso que analiza el laudo, evitar la producción daños a la salud y al medio ambiente) no tienen carácter expropiatorio:

*“The PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”*<sup>250</sup>.

Salvo que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio identifiquen los ámbitos exceptuados en los que los Estados puedan adoptar medidas regulatorias destinadas a la satisfacción del interés general sin incurrir por ello en responsabilidad, debe partirse con carácter general de la presunción de validez de que gozan dichas medidas, correspondiendo al inversor la carga de probar que las mismas no han sido adoptadas de buena fe y con arreglo al procedimiento legal, son discriminatorias o no persiguen interés general alguno.

---

<sup>248</sup> *Fireman's Fund Insurance Company c. México*, CIADI, Caso n° ARB(AF)/02/1, laudo de 17 de julio de 2006, parágrafo 176, aptdo. j).

<sup>249</sup> *Saluka c. República Checa*, parágrafo 262.

<sup>250</sup> *Chemtura Corporation c. Canadá*, UNCITRAL, laudo de 2 de agosto de 2010

En principio, la conformidad de dichas medidas con el Derecho nacional refuerza la expresada presunción. Como señalan DOLZER y SCHREUER, “*it appears plausible that measures that are, under the rules of the main domestic laws, normally considered regulatory without amounting to expropriation, will not require compensation under international law*”<sup>251</sup>.

Los elementos que pueden excluir o determinar el carácter expropiatorio de una concreta medida o conjunto de medidas regulatorias adoptadas por el Estado receptor de una inversión exterior y, por ende, la existencia de una expropiación indirecta con arreglo al Derecho internacional son variados e incluyen, además de los requisitos que debe cumplir cualquier expropiación -existencia de interés público, observancia del procedimiento legal y ausencia de carácter discriminatorio-, otros de carácter específico como el respeto del principio de proporcionalidad por aquélla o aquéllas y su adopción de buena fe.

Respecto de la existencia de un interés público que presida la adopción de la medida o medidas, los Estados gozan, en ejercicio de su soberanía, de un amplio margen de apreciación.

En el anterior sentido, el laudo dictado en el asunto *Tecmed c. México* se refiere a la “necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de concretarse”, lo que “no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado”<sup>252</sup>.

En cuanto al carácter no discriminatorio de la medida o medidas estatales, ya se ha expresado anteriormente que “*an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfills a key requirement for establishing expropriation*”<sup>253</sup>.

Respecto de la exigencia relativa a la observancia del procedimiento legal, la misma se traduce en la inexistencia de vicios de entidad (competencia del órgano, audiencia a los interesados, incorporación de los informes que resulten precisos) durante la

---

<sup>251</sup> DOLZER R. y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pág. 95.

<sup>252</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, CIADI, caso n°. ARB (AF)/00/2, laudo de 21 de mayo de 2003, párrafo 122.

<sup>253</sup> *Methanex c. EEUU*, aptdo. IV.D, párrafo 7.



tramitación del procedimiento antecedente de la medida o conjunto de medidas discutidas por el inversor extranjero.

Para poder apreciar el carácter expropiatorio o no expropiatorio de una medida o de un conjunto de medidas regulatorias adoptadas por el Estado huésped de la inversión exterior cada vez tiene mayor relevancia la exigencia de que exista un mínimo de proporcionalidad entre las mismas y el fin de interés público que se persiga.

El tribunal del asunto *Tecmed c. México* ha expresado la función de dicho requisito con bastante claridad:

“[E]l Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad. (...) El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio. En la valoración de dicha carga o peso, juega rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no. También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna injerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan”<sup>254</sup>.

La necesidad de que exista proporcionalidad entre la medida o el conjunto de medidas adoptadas por el Estado huésped de la inversión exterior, el interés público perseguido con las mismas y la protección del inversor extranjero encuentra su fundamento en la Jurisprudencia del TEDH dictada para tutelar el derecho de propiedad privada amparado por el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH.

Así, en el asunto *James y otros c. Reino Unido*, el indicado tribunal afirmó que:

*“Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim «in the public interest», but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite*

---

<sup>254</sup> *Tecmed c. México*, párrafo 122.

*balance will not be found if the person concerned has had to bear «an individual and excessive burden» [...] The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto»<sup>255</sup>.*

En el mismo sentido, el TEDH afirmó en el asunto *Sporrong and Lönnroth c. Suecia* que:

*“The Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights (...) The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1”<sup>256</sup>.*

Adicionalmente, la medida o medidas estatales que puedan incidir sobre la inversión exterior deben haber sido adoptadas de buena fe por el Estado huésped, teniendo carácter expropiatorio aquellas medidas que, aunque vestidas con el ropaje de la regulación, se destinen realmente a privar al inversor extranjero de la totalidad o de una parte sustancial de su inversión o a impedirle el control de la misma con carácter permanente, no obstante las expectativas que se hayan podido generar en el mismo.

Por último, un indicador que puede servir para determinar si una concreta medida o conjunto de medidas tiene carácter expropiatorio de la inversión exterior y ha de dar lugar a una compensación a favor del inversor extranjero o resulta del ejercicio por el Estado huésped de aquélla de su potestad de regular, sin tener nada que compensar, es el hecho de que con ocasión de su adopción el Estado o, incluso, un tercero, obtenga un determinado beneficio.

Así, las medidas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades económicas que se dirigen a la protección del interés general (p.ej. la protección de la salud o del medio ambiente) no suelen implicar la obtención por el Estado que las adopta de un beneficio específico. Por el contrario, los expedientes de nacionalización y monopolización de actividades desarrolladas previamente en régimen de libertad por el

---

<sup>255</sup> *James y otros c. Reino Unido*, Sentencia TEDH de 21 de febrero de 1986, parágrafo 50.

<sup>256</sup> *Sporrong and Lönnroth c. Suecia*, Sentencia TEDH de 23 de septiembre de 1982, parágrafo 69.

sector privado suelen beneficiar materialmente al Estado, pudiendo exigirse que en su adopción se acuerde la correspondiente indemnización<sup>257</sup>.

Sin perjuicio de la invocación que habitualmente hacen los inversores extranjeros de la protección que los acuerdos de promoción y de protección de inversiones exteriores les dispensan frente a las expropiaciones, lo cierto es que son poco frecuentes los laudos que estiman que ha existido una expropiación indirecta como consecuencia de la adopción por los Estados huéspedes de medidas de índole regulatoria, obedeciendo ello, muy probablemente, a la amplitud del derecho de los Estados a legislar y a adoptar medidas en beneficio del interés general y al rigor con el que los tribunales arbitrales interpretan los requisitos que deben concurrir para poder concluir que dichas medidas tienen carácter expropiatorio (son expropiaciones indirectas) y obligan al Estado a satisfacer una compensación.

La anterior circunstancia ha propiciado que el foco de la protección que dispensan los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio haya terminado desplazándose hacia el estándar de trato justo y equitativo.

Lo anterior no quiere decir que no existan supuestos en los que los tribunales que han analizado medidas de carácter regulatorio adoptadas por un Estado hayan terminado calificando las mismas como equivalentes a una expropiación.

En el anterior sentido, el debate acerca de la concurrencia o la falta de concurrencia de los distintos requisitos que determinan que una medida o conjunto de medidas adoptadas por un Estado constituya una expropiación indirecta y no se entienda adoptada en ejercicio de facultades regulatorias legítimas se puso claramente de manifiesto en el asunto *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, en el que se discutían las medidas “tributarias” y de otra índole adoptadas por las autoridades rusas y que concluyeron con la subasta de *OAO Yuganskneftegaz* (principal filial de Yukos), con su

---

<sup>257</sup> La legislación de régimen local española (p.ej. art. 52 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales) prevé en caso de municipalización de servicios (con o sin monopolio) que se acuerde la expropiación o el rescate de las empresas afectadas. Por su parte, el art. 128.2 de la Constitución contempla la posibilidad de reservar al sector público mediante ley recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, lo que debe entenderse sin perjuicio de respetar plenamente la garantía expropiatoria contemplada en su art. 33.

adjudicación a una empresa constituida para la ocasión (y adquirida por la empresa estatal *Rosneft*) y con la completa destrucción de la inversión<sup>258</sup>.

El tribunal arbitral en el citado asunto, tras afirmar que no ha existido ninguna expropiación directa sino un conjunto de medidas de efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación (“*respondent has not explicitly expropriated Yukos or the holdings of its shareholders, but the measures that Respondent has taken in respect of Yukos, set forth in detail in Part VIII, in the view of the Tribunal have had an effect “equivalent to nationalization or expropriation”*”<sup>259</sup>), señala que no concurren los requisitos exigidos por el art. 13 del TCE para que la expropiación indirecta resulte conforme a Derecho.

---

<sup>258</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, CNUDMI, PCA caso n°. 2005-04/AA 227, laudo de 18 de julio de 2014. Dicho laudo fue dictado en el marco del procedimiento arbitral iniciado ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya por los antiguos accionistas mayoritarios de OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos (Hulley Enterprises Ltd., Yukos Universal Ltd. and Veteran Petroleum Ltd.), que controlaban conjuntamente el 70% de sus acciones, por supuesta infracción por la Federación Rusa del TCE. En el mismo se condena a la Federación Rusa a indemnizar a los demandantes los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la infracción del art. 13.1 del TCE por un importe de 1.846.000.687 dólares.

En paralelo, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos demandó a la Federación Rusa ante el TEDH por violación de, entre otros preceptos de la CEDH, el art. 1 de su Protocolo Adicional. Tras admitir a trámite la demanda formulada por dicha compañía, la Sentencia TEDH de 20 de diciembre de 2011 entendió infringido el expresado precepto como consecuencia de la imposición retroactiva a OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos por la Federación Rusa de determinadas penalizaciones relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. En cuanto a la excepción de inadmisibilidad relativa a la tramitación en paralelo del procedimiento arbitral hecha valer por la Federación Rusa (el art. 35.2 CEDH establece que “el Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando: (...) b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación (...)”), el TEDH señala que “*the present case has been introduced and maintained by the applicant company in its own name. Although the above-mentioned entities could arguably be seen as having been affected by the events leading to the applicant company’s liquidation, they have never taken part, either directly or indirectly, in the Strasbourg proceedings. The Court reiterates that in November 2007 the applicant company was liquidated and that despite this fact in its admissibility decision of 29 January 2009 it nevertheless accepted the application “because the issues raised by the case transcend[ed] the person and the interests of the applicant [company]” and “... striking the application out of the list under such circumstances would undermine the very essence of the right of individual applications by legal persons, as it would encourage governments to deprive such entities of the possibility to pursue an application lodged at a time when they enjoyed legal personality...”, which shows that the Court has throughout placed emphasis on the applicant company in its own right*” (parágrafo 525), lo que le lleva a afirmar que “*in these circumstances, the Court finds that the parties in the above-mentioned arbitration proceedings and in the present case are different and therefore the two matters are not “substantially the same” within the meaning of Article 35 § 2 (b) of the Convention*”.

En su sentencia de 31 de julio de 2014 el TEDH cuantificó la satisfacción equitativa y condenó a la Federación Rusa a satisfacer a la demandante (en puridad a “*the applicant company’s shareholders as they stood at the time of the company’s liquidation and, as the case may be, their legal successors and heirs*”) un total de 1.866.104.634 Euros.

<sup>259</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, parágrafo 1580.

Así y respecto de la necesidad de que la expropiación se fundamente en un motivo de interés público (art. 13.1.a), se señala que destruir la principal empresa petrolera rusa y, al mismo tiempo, mayor contribuyente ruso no puede tener dicha condición, menos aun cuando las medidas adoptadas por las autoridades rusas no beneficiaron a la economía o a la población de Rusia sino a la compañía petrolera estatal:

*“[W]hether the destruction of Russia’s leading oil company and largest taxpayer was in the public interest is profoundly questionable. It was in the interest of the largest State-owned oil company, Rosneft, which took over the principal assets of Yukos virtually cost-free, but that is not the same as saying that it was in the public interest of the economy, polity and population of the Russian Federation”<sup>260</sup>.*

En cuanto a la necesidad de que la expropiación sea acordada de manera no discriminatoria (art. 13.1.b), podría haber ocurrido que el trato dispensado a otras empresas que se encontraban en situaciones análogas a *Yukos* no fuera el mismo dado a esta mercantil:

*“[T]he treatment of Yukos and the appropriation of its assets by Rosneft (and to a much lesser extent, another State-owned corporation, Gazprom), when compared to the treatment of other Russian oil companies that also took advantage of investments in low-tax jurisdictions, may well have been discriminatory”<sup>261</sup>.*

En cuanto a la necesaria observancia del debido procedimiento legal (art. 13.1.c), se entiende que el encarcelamiento de directivos de *Yukos* o la actuación en absoluto imparcial de los tribunales que confirmaron las tesis del gobierno ruso en modo alguno se ajustan a la misma:

*“[Y]ukos was subjected to processes of law, but the Tribunal does not accept that the effective expropriation of Yukos was “carried out under due process of law” for multiple reasons set out above, notably in Section VIII.C.3. The harsh treatment accorded to Messrs. Khodorkovsky and Lebedev remotely jailed and caged in court, the mistreatment of counsel of Yukos and the difficulties counsel encountered in reading the record and conferring with Messrs. Khodorkovsky and Lebedev, the very pace of the legal proceedings, do not comport with the due process of law. Rather the Russian court proceedings, and most egregiously, the second trial and second*

---

<sup>260</sup> *Ibid.*, parágrafo 1581.

<sup>261</sup> *Ibid.*, parágrafo 1582.

*sentencing of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev on the creative legal theory of their theft of Yukos' oil production, indicate that Russian courts bent to the will of Russian executive authorities to bankrupt Yukos, assign its assets to a State controlled company, and incarcerate a man who gave signs of becoming a political competitor”<sup>262</sup>.*

Por último y en lo relativo al pago por las autoridades rusas de una indemnización rápida, adecuada y efectiva (art. 13.1.d), la misma, simplemente, no llegó a existir:

*“[W]hat in any event is incontestable is Respondent's failure to meet its prescription, because the effective expropriation of Yukos was not “accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation”, or, in point of fact, any compensation whatsoever”<sup>263</sup>.*

El tribunal del asunto *Yukos c. Rusia*, tras considerar con arreglo a lo anterior que las autoridades rusas habían infringido el art. 13 del TCE, entendió innecesario analizar la posible violación por las mismas del estándar de trato justo y equitativo contemplado en su art. 10<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> *Ibid.*, parágrafo 1583.

<sup>263</sup> *Ibid.*, parágrafo 1584.

<sup>264</sup> *Ibid.*, parágrafo 1585.

### **5.3. El tratamiento de las inversiones exteriores con arreglo al estándar de trato justo y equitativo.**

Uno de los estándares de tratamiento de las inversiones exteriores más habituales en la práctica convencional y arbitral internacional es aquel que obliga a los Estados a dispensar a las inversiones realizadas por inversores de otro Estado un trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment* o *FET*).

El estándar de trato justo y equitativo aparece recogido bajo diferentes formulaciones en la mayoría de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores -tanto bilaterales como multilaterales- y de los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio.

Como señala GARCÍA RODRÍGUEZ es excepcional el acuerdo sobre inversiones exteriores que no contemple su tratamiento con arreglo al estándar de trato justo y equitativo<sup>265</sup>.

Aunque la protección de las inversiones exteriores bajo el Derecho internacional ha sido tradicionalmente la dispensada por el régimen que prohíbe las expropiaciones o las medidas de efecto equivalente a la expropiación que no se ajusten a determinadas características, la sustancial reducción del número de nacionalizaciones a nivel mundial respecto de las habidas en épocas pasadas (aunque no tan remotas), unida a la relevancia adquirida por la regulación económica en el marco de la globalización<sup>266</sup> y al incremento del número de controversias entre inversores y Estados<sup>267</sup> han terminado atribuyendo un creciente y muy relevante protagonismo al estándar de trato justo y equitativo, estándar que suele ser invocado en la mayoría de las reclamaciones formuladas por los inversores extranjeros frente a los Estados huéspedes de las correspondientes inversiones exteriores.

---

<sup>265</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (2005), *La protección de las inversiones exteriores (los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, pág. 229.

<sup>266</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016), *Derecho administrativo económico*, Civitas, págs. 56 y ss.

<sup>267</sup> En 2018, en línea con lo sucedido en los tres años precedentes, se iniciaron al menos (algunos procedimientos se desarrollan de manera estrictamente confidencial) 71 nuevos casos de controversia entre inversores y Estados. Vid. UNCTAD (2019) *World Investment Report 2019. Special Economic Zones*, United Nations, pág. 102. En 2019 el número de nuevos casos iniciados se redujo hasta los 55. Vid. UNCTAD (2020) *World Investment Report 2020. International Production Beyond the Pandemic*, United Nations, pág. 110.

En palabras de SORNARAJAH “*there have been increasing references to violations of treatment standards. But such references are used to bolster findings relating to takings. Often, the claims relating to takings fail but the claims relating to treatment standards succeed*”<sup>268</sup>.

Subrayan la relevancia adquirida por el estándar de trato justo y equitativo DOLZER y SCHREURER, que consideran que el mismo, en la actualidad, “*is the most frequently invoked standard in the investment disputes. It is also the standard with the highest practical relevance: the majority of successful claims pursued in international arbitration are based on a violation of the FET standard*”<sup>269</sup>.

El estándar de trato justo y equitativo, gracias a la habitual vaguedad empleada por los tratados internacionales que lo recogen y a la incesante labor interpretativa realizada por los tribunales arbitrales que lo aplican al caso concreto, ha ido evolucionando en el tiempo, habiendo pasado a incluir en su seno nuevos elementos de protección del inversor extranjero.

A juicio de KLÄGER “*it is both fascinating and astonishing that fair and equitable treatment has developed from an almost vacant expression into an obligation of such potential breadth within a few years*”<sup>270</sup>.

La evolución y ampliación del alcance del estándar de trato justo y equitativo han propiciado un intenso debate doctrinal y político acerca de cuál deba ser la protección que desde el Derecho internacional haya de dispensarse a los inversores extranjeros visto el riesgo de una aplicación desequilibrada de dicho estándar (a favor de los inversores<sup>271</sup>) por los tribunales arbitrales responsables de administrar el sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados que ponga en entredicho la facultad de estos últimos de regular en beneficio del interés general, como consecuencia de la ambigüedad

---

<sup>268</sup> SORNARAJAH, M, *The International Law on ... Op. cit.*, pág. 392.

<sup>269</sup> DOLZER, R. y SCHREURER, C. (2012), *Principles of International Investment Law*, Oxford, pág. 130.

<sup>270</sup> KLÄGER, R., (2010), “Fair and equitable treatment: A look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness”, *Journal of World Investment and Trade* 11(3), págs. 435-455.

<sup>271</sup> En cuanto a la actividad de los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de controversias entre inversores y Estados, más de la mitad de los laudos dictados por los mismos en 2019 en relación con cuestiones jurisdiccionales se decidieron a favor de los Estados; sin embargo, la mayoría de los dictados en relación con el fondo fueron favorables a los inversores. Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2020. ... Op. cit.*, pág. 111.



que habitualmente preside su formulación o la inexistencia de mecanismos de unificación de la doctrina sentada por dichos tribunales.

El potencial expansivo del estándar de trato justo y equitativo es muy notable, pudiendo albergar en su seno la protección que dispensan otros estándares y regímenes jurídicos habitualmente recogidos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio como la protección frente a expropiaciones o medidas de efecto equivalente a la expropiación o la dispensada por las cláusulas de “trato nacional” o de la “nación más favorecida”.

Así y según expresan GRIERSON-WEILER y LAIRD “*a fair and equitable treatment provision can be construed broadly enough to cover all of the obligations in most conceivable investment disputes*”<sup>272</sup>.

El alcance de dicho estándar de trato, en todo lo relativo a las conductas estatales que pueden analizarse bajo su óptica o al umbral que determina su conformidad o disconformidad con el mismo, se define de forma casuística por los tribunales arbitrales que resuelven las controversias entre inversores y Estados en materia de inversiones exteriores y tiene como punto de referencia o suelo el estándar mínimo de trato que ha de dispensarse a los extranjeros con arreglo al Derecho internacional consuetudinario.

Las decisiones de los tribunales arbitrales encargados de resolver las controversias entre inversores y Estados en las que se ha invocado la infracción del estándar de trato justo y equitativo han hecho posible el reconocimiento con fundamento en el mismo de otras obligaciones específicas a cargo de los Estados receptores de las inversiones exteriores como son las de actuar consistente y razonablemente, con transparencia, de forma no arbitraria ni discriminatoria y con ecuanimidad, observando los procedimientos en la toma de decisiones y respetando las expectativas legítimas de los inversores, obligaciones cuyo incumplimiento puede determinar la violación del estándar y, por ende, la responsabilidad internacional del Estado.

---

<sup>272</sup> GRIERSON-WEILER, T.J. y LAIRD, I.A. (2008) “Standards of treatment”, en MUCHLINSKI P., ORTINO F. y SCHREUER, C. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, pág. 268.

La ampliación de los conceptos comprendidos dentro del estándar de trato justo y equitativo está estrechamente ligada con la creciente importancia de la regulación de las distintas actividades económicas en la sociedad actual, dado que el mismo, como indica COLLINS, permite controlar la forma en la que se aplican a los inversores extranjeros las leyes y las regulaciones nacionales<sup>273</sup>.

El estándar de trato justo y equitativo, según expresa el indicado autor, viene referido más a la forma en la que se aplican las leyes del Estado receptor de la inversión que a su contenido mismo, estando estrechamente relacionado con los conceptos de *due process of law*<sup>274</sup> (concepto éste de mayor amplitud que el del derecho al proceso debido y con todas las garantías previsto en el art. 24 CE y cuya eficacia queda circunscrita exclusivamente al ámbito jurisdiccional) y de transparencia en la forma en la que las leyes se aplican a los inversores extranjeros<sup>275</sup>.

Para la CNUCYD el contenido del estándar de trato justo y equitativo estaría integrado en la actualidad y con carácter general por los siguientes cinco conceptos<sup>276</sup>:

- Prohibición de la arbitrariedad manifiesta en la toma de decisiones, es decir, de las medidas tomadas únicamente sobre la base de prejuicios o sin un propósito legítimo o explicación racional.
- Prohibición de denegación de justicia e infracción del derecho fundamental a un proceso debido con todas las garantías.
- Prohibición de discriminación por motivos manifiestamente ilícitos, como género, raza o creencias religiosas.

---

<sup>273</sup> COLLINS alude, concretamente, a los límites que han de observar los Estados huéspedes de las inversiones exteriores para no incurrir en responsabilidad: “*The powerful but highly indeterminate Fair and Equitable Treatment (FET) standard, which in its essence guarantees fairness in dealings with the host state government and in so doing controls the manner in which laws and regulations are applied to foreign firms*”. COLLINS, D. (2017), *An introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, pág. 124.

<sup>274</sup> El concepto de *due process* aparece expresamente recogido en el modelo de convenio bilateral de inversiones de los Estados Unidos de América que señala (art. 5) que el estándar de trato justo y equitativo “*includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world*”

<sup>275</sup> COLLINS, D. (2017), *op. cit.* pág. 125.

<sup>276</sup> UNCTAD (2012), *Fair and equitable treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, pág. Xvi.

- Prohibición de dispensar un trato abusivo a los inversores, incluidas la coerción, la coacción o el acoso.

- Protección de las expectativas legítimas de los inversores derivadas de las representaciones o medidas que induzcan a la inversión adoptadas por un gobierno, sin perjuicio del derecho del Estado de acogida de la inversión a regular para la protección y consecución del interés público.

El Diccionario del Español Jurídico define el trato justo y equitativo como la “obligación reconocida convencionalmente bajo condición de reciprocidad en el ámbito del derecho internacional económico, definida arbitrariamente de forma casuística a partir de un estándar mínimo de trato al que se somete la actividad legislativa, administrativa y judicial de los Estados”<sup>277</sup>.

Como claramente resulta de la anterior definición, el estándar de trato justo y equitativo es, ante todo, el estándar de trato que los Estados, en cuanto sujetos de Derecho internacional público y respecto de la actividad legislativa, administrativa y judicial que desarrollan, deben dispensar a los inversores de otros Estados. El mismo se establece convencionalmente (en virtud de los correspondientes tratados internacionales, bilaterales o multilaterales) y siempre bajo condición de reciprocidad.

El estándar de trato justo y equitativo, atendida la amplitud de los conceptos de “justicia” y de “equidad”, permite examinar conductas estatales con incidencia sobre inversiones exteriores que no pueden ser analizadas con fundamento en otras reglas o estándares internacionales más específicos que puedan contemplarse en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones o en los capítulos homónimos que puedan contenerse en los acuerdos de libre comercio (p.ej. las previsiones que proscriben las expropiaciones o las medidas de efecto equivalente a la expropiación no ajustadas a ciertos límites predeterminados).

El estándar de trato justo y equitativo tiene carácter absoluto y, en cuanto tal, resulta de aplicación independientemente de que el Estado huésped de la inversión garantice o no al inversor extranjero el “trato nacional” o la protección que resulte de la “cláusula de la nación más favorecida”. Tanto aquél como ésta no garantizan que el tratamiento que el

---

<sup>277</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).

Estado huésped dispense al inversor exterior sea conforme con el estándar de trato justo y equitativo.

En todo caso y considerando que los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados suelen fundamentarse habitualmente en el recurso al arbitraje privado, el significado del estándar de trato justo y equitativo debe determinarse en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes<sup>278</sup>, pudiendo variar su alcance no solo por razón de la concreta formulación del estándar utilizada en el correspondiente tratado sino, además, como consecuencia del sistema legal e institucional o de las prácticas judiciales y administrativas del Estado receptor de la inversión exterior.

Así, por ejemplo, las expectativas legítimas que pueda albergar un inversor extranjero en que a la inversión que pueda realizar en un determinado Estado le sea dispensado un trato justo y equitativo variarán necesariamente en función del grado de desarrollo del Estado en cuestión y, por ende, de la calidad de su ordenamiento jurídico y de su sistema institucional.

El estándar de trato justo y equitativo, atendida la necesidad de salvaguardar el derecho de los Estados a regular en el interés público, aparece en la actualidad como uno de los elementos del Derecho internacional de inversiones cuya aplicación mayor controversia genera.

Como señala SORNARAJAH, *“the content of this clearly nebulous provision has become a focal point of discussion”*<sup>279</sup>.

Lo anterior, no es sino consecuencia de la ambigüedad de las formulaciones de dicho estándar contenidas en la mayor parte de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio, de la imprecisión misma de los conceptos de “justicia” y de “equidad” a que el mismo se remite, de la interpretación extensiva y muchas veces subjetiva de su alcance por los tribunales arbitrales y de la ausencia de mecanismos de unificación de la doctrina que emana de éstos.

---

<sup>278</sup> En el asunto *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, CIADI, caso n°. ARB (AF)/99/2, laudo de 11 de octubre de 2002, el tribunal arbitral señaló que *“a judgement of what is fair and equitable cannot be reached in abstract; it must depend on the facts of the particular case”*.

<sup>279</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on ... Op.cit.* pág 411.

Dicha controversia ha abierto un período de reflexión acerca de cuál deba ser el alcance del estándar de trato justo y equitativo<sup>280</sup> controversia que se enmarca dentro de una más amplia acerca de la legitimidad del sistema de protección de las inversiones exteriores contemplado en los expresados acuerdos y que ha propiciado desde denuncias de los celebrados por determinados Estados hasta la celebración de “tratados de segunda generación” que velan especialmente por reequilibrar la relación entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de la inversión exterior, reconociendo a éstos, por ejemplo, su potestad de regular en beneficio del interés general, o por dotar de una mayor legitimidad democrática al sistema de solución de controversias entre inversores y Estados<sup>281</sup>.

La flexibilidad y el carácter evolutivo del estándar de trato justo y equitativo han convertido al mismo en un elemento central del Derecho internacional de inversiones, si bien a costa de poner de manifiesto las numerosas limitaciones que el mismo presenta, habiéndose comenzado a restringir su ámbito de aplicación (principalmente en los nuevos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio “de nuevo cuño”).

---

<sup>280</sup> Señala SORNARAJAH que “*the short interlude in experimenting with expansionist view on treatment standards resulted in these views suffering a setback*”. Para dicho autor “*the fact that the liability arising from treatment standards was tried out in litigation involving developed states was fortunate, as the problems involved were exposed quite early. Investment treaty formulations were originally intended to be a sword to be used against developing countries. Their use against developed countries was not foreseen. The nature of the exorbitant claims exposed the extent to which treatment standards could curtail the regulatory powers of the state over foreign investments. Developed states found such restrictions to be unpalatable and reacted with vigor to find guiding principles for their limitations*” SORNARAJAH, M. *Ibíd.* pág. 428.

<sup>281</sup> En la línea apuntada se están renegociando diversos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores. Ciertos Estados, como Ecuador, Bolivia, India, Sudáfrica o Indonesia, han optado por denunciar todos o algunos de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores suscritos. En el ámbito de la CNUCYD se está llevando a cabo un proceso de reflexión y de reforma del Derecho internacional de inversiones que comprenda la revisión de los estándares de protección contenidos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores, la del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y el reforzamiento de su coherencia con otras normas de Derecho internacional y de su consistencia con el Derecho nacional. Vid. UNCTAD (2018), *UNCTAD’S Reform’s Package for the International Investment Regime*. Igualmente se contienen referencias al estado de dicho proceso en UNCTAD (2012), *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*; UNCTAD (2015) *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*; UNCTAD (2017) *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*; UNCTAD (2018) *World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policies*; UNCTAD (2019) *World Investment Report 2019. Special Economic Zones*; y UNCTAD (2020) *World Investment Report 2020. International Production Beyond the Pandemic*.

Como afirma SORNARAJAH dicha restricción podría llegar a propiciar un renacimiento de la jurisprudencia en materia de expropiaciones indirectas: *“the trust in treatment standards was made through the introduction of the notion of legitimate expectations in the fair and equitable treatment. This once expansive notion has run its course, with many limitations identified. There is thus a shift to expropriation and the discovery of a new limitation on regulatory expropriation that it must be proportionate to the objective it seeks to achieve”*<sup>282</sup>.

a) *Origen y evolución del estándar de trato justo y equitativo.*

El estándar de trato justo y equitativo encuentra sus antecedentes más remotos en los tratados de amistad, comercio y navegación celebrados durante el siglo XIX y, sobre todo, durante la primera mitad del siglo XX por los Estados Unidos de América, diversos países europeos y Japón.

Dichos tratados, aunque no destinados específicamente a la protección las inversiones exteriores sino más bien al fomento del comercio, contenían muchos elementos (derecho a la adquisición de la propiedad o al ejercicio de actividades económicas en el territorio de uno de los Estados parte, cláusula de la nación más favorecida) que han terminado cristalizando en los modernos acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores.

Resulta posible encontrar referencias a conceptos integrantes del estándar de trato justo y equitativo ya en tratados decimonónicos.

Así, por ejemplo, en el Tratado de amistad, comercio y navegación ajustado entre el Reino de España y el Japón y firmado en Kanagawa el 12 de noviembre de 1868, después de expresarse que “se abrirán al comercio y a los ciudadanos españoles todos los puertos y ciudades abiertos a los ciudadanos y al comercio de cualquiera otra nación”, se indica que “los súbditos de S.M. la Reina de las Españas tendrán el derecho de arrendar terrenos en aquellas ciudades y puertos, residir allí permanentemente, comprar casas y construir habitaciones y almacenes” (art. 3), señalándose que “si llegaren a suscitarse cuestiones entre españoles y japoneses, el demandante deberá dirigirse a la Autoridad de

---

<sup>282</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on ... Op.cit.* pág. 392.

su país. Ésta, en unión de la Autoridad de quien dependa el demandado, tratará de dar al asunto una solución equitativa” (art. 6).

Y con un lenguaje más actual, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre los Estados Unidos e Italia el 2 de febrero de 1948, prevé en su art. V.1 el derecho de los inversores extranjeros a disfrutar de “plena protección y seguridad” con arreglo al Derecho internacional:

*“The nationals of each High Contracting Party shall receive, within the territories of the other High Contracting Party, the most constant protection and security for their persons and property and shall enjoy in this respect the full protection and security required by international law (...)”.*

Y el art. 1 del Acuerdo Adicional al indicado tratado va más allá y dispensa a los inversores de uno de los Estados parte “protección frente a medidas arbitrarias o discriminatorias” adoptadas por el otro Estado parte:

*“The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be subjected to arbitrary or discriminatory measures within the territories of the other High Contracting Party resulting particularly in: (a) preventing their effective control and management of enterprises which they have been permitted to establish or acquire therein; or (b) impairing their other legally acquired rights and interests in such enterprises or in the investments which they have made (...)”*

Para encontrar una formulación moderna del estándar de trato justo y equitativo hemos de remontarnos al “proyecto de convenio para la protección de la propiedad extranjera” publicado por la OCDE en 1967 a modo de recomendación dirigida a los Estados Parte de dicha organización internacional de cara a la posible negociación por los mismos de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores.

Dicho proyecto de convenio, tras reconocer la importancia de promover la circulación de capitales para la actividad económica y el desarrollo y la relevancia que para dicha finalidad tiene el establecimiento con claridad de unos principios reconocidos de protección de la propiedad extranjera, alude en su art. 1.a al estándar de trato justo y equitativo que un Estado debe dispensar a la “propiedad” de los nacionales de otro Estado:

*“Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or*

*disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment more favourable than that provided for in this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter”.*

El término “propiedad” es utilizado en el proyecto de convenio de la OCDE en un sentido muy amplio, comprendiéndose en su seno todos los bienes, derechos e intereses de los que sean titulares, directa o indirectamente, los extranjeros, incluido el interés de éstos, en cuanto miembros de una empresa, en su propiedad.

El debate en torno al proyecto de convenio para la protección de la propiedad extranjera, tal y como señala VOSS<sup>283</sup>, quedó en buena medida circunscrito a la cuestión de si el mismo se limitaba a confirmar el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario o, por el contrario, establecía obligaciones adicionales *ex novo* y creaba un estándar autónomo de protección.

Las notas y comentarios al proyecto de convenio elaborados por la propia OCDE circunscribieron el estándar de trato justo y equitativo contemplado en el art. 1.a del mismo al estándar mínimo de protección con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, es decir, al resultante de las prácticas sustancialmente uniformes y frecuentes y generalmente aceptadas como Derecho (*opinio iure sive necessitatis*) por los Estados.

Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados con posterioridad a la aprobación del proyecto de convenio para la protección de la propiedad extranjera de la OCDE (al igual que los “convenios modelo” aprobados por diversos Estados<sup>284</sup>) han utilizado muy diversas formulaciones para plasmar en su seno el estándar de trato justo y equitativo.

---

<sup>283</sup> VOSS, J.O., (2010) *The impact of investment treaties on contracts between host states and foreign investors*, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 228.

<sup>284</sup> Es el caso de Canadá, que aprobó en 2004 un modelo de *Foreign Investment Protection Agreement (FIPA)*. También los Estados Unidos de América aprobaron en 2004 un *US Model Bilateral Investment Treaty*, renovado en 2012. Otros países que han aprobado modelos de acuerdos de promoción y de protección de inversiones exteriores son Francia, Alemania, Italia o Colombia.



Así, mientras unos acuerdos se limitan a aludir a dicho estándar sin cualificarlo en modo alguno, otros lo vinculan al Derecho internacional, en general, o al estándar mínimo de trato bajo el Derecho internacional consuetudinario, en particular.

Las consecuencias de la utilización de una u otra formulación no son baladíes, pudiendo variar las conductas que pueden analizarse a la luz del estándar, el grado de intensidad exigible a dichas conductas o el alcance de la compensación a que pueda haber lugar en caso de que se declare que aquél ha sido infringido.

La anterior diversidad, unida al hecho de que la interpretación del estándar de trato justo y equitativo en cada caso concreto queda habitualmente encomendada a tribunales arbitrales cuyas decisiones no son susceptibles de ser recurridas en apelación, ha dado lugar a interpretaciones divergentes y a un intenso debate acerca de cuál es el contenido exacto de dicho estándar, de las medidas estatales que son susceptibles de ser analizadas a la luz del mismo y del umbral requerido para poder entender que se ha producido su violación.

Es por ello que, en evitación de interpretaciones extensivas, algunos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores han especificado el alcance del estándar de trato justo y equitativo en caso de que el mismo deba quedar equiparado al estándar mínimo de protección bajo el Derecho internacional consuetudinario.

Así, por ejemplo, el modelo de convenio bilateral de inversiones aprobado por los Estados Unidos de América en 2012<sup>285</sup> señala en su art. 5.2 lo siguiente:

*“For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive right”.*

En todo caso, la práctica arbitral y, concretamente, la evolución misma del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, han terminado provocando, por una parte, un acercamiento de las dos concepciones del estándar de trato justo y equitativo (la que lo equipara al estándar mínimo y la “autónoma”) y, por otra, la

---

<sup>285</sup> <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (a.1/6/ 2021).

extensión del mismo a nuevos ámbitos como, por ejemplo, la protección de las expectativas legítimas de los inversores, que ha pasado a convertirse en el elemento nuclear de protección bajo dicho estándar.

En el anterior sentido y como señala el tribunal arbitral en el asunto *Electrabel*:

*“It is widely accepted that the most important function of the fair and equitable treatment standard is the protection of the investor's reasonable and legitimate expectations”*<sup>286</sup>.

Ha de tenerse en cuenta que cualquier conducta estatal (proceda del poder ejecutivo, legislativo o, incluso, judicial) puede, en principio, ser analizada a la luz del estándar de trato justo y equitativo<sup>287</sup>, resultando preciso examinar tanto los principios de buen gobierno que hacen posible su evaluación (entre otros, los de “debido proceso”, ausencia de arbitrariedad y no frustración de las expectativas legítimas) como el umbral de responsabilidad exigible (es decir, el grado de gravedad del incumplimiento que debe concurrir para poder considerar violentado el estándar), debiendo este último ser más elevado, en principio, si el estándar se define por referencia al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario (actuando el mismo a modo de “*international lowest common denominator or a floor for the assessment of governmental conduct*”<sup>288</sup>) que si aquél se define sin referencia alguna.

La ampliación del ámbito de aplicación del estándar de trato justo y equitativo realizada por la práctica arbitral, particularmente en lo relativo a la protección de las expectativas legítimas de los inversores, puede terminar alterando el adecuado equilibrio que debe existir entre la garantía de los intereses públicos y la protección de los intereses

---

<sup>286</sup> *Electrabel S.A. c. Hungría*, CIADI, caso nº ARB/07/19, laudo de 25 de noviembre de 2015, parágrafo 7.75.

<sup>287</sup> “*All types of governmental conduct –legislative, administrative and judicial alike- can potentially be found to breach the FET obligation*”. UNCTAD, *Fair and equitable treatment...* Op. cit. pag. 12.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que según el art. 4 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos “se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

<sup>288</sup> *Ibíd.* Pág. 13.

En el mismo sentido, en el asunto *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos* (laudo de 8 de junio de 2009) el tribunal afirmó que cuando el estándar de trato justo y equitativo se equipara con el estándar mínimo de trato a los extranjeros el mismo “*is not meant to vary from state to state*”, siendo “*a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community*”.

privados ligados a la inversión exterior que puedan verse afectados como consecuencia de la introducción de cambios regulatorios.

Como ha señalado la CNUCYD *“a critical issue of interpretation arises out of the increased reference by arbitral tribunals to the notion of investors’ legitimate expectations”*.

Tratándose de una innovación arbitral,

*“[I]ts thoughtless application, looking at the issues at hand from the perspective of the investor only, runs the risk that the true purpose of the FET provision in IIAs will be lost under the weight of investor concerns alone. In this context, it is crucial to understand what kind of investor expectations can be seen as legitimate and in what circumstances they may reasonably arise. Further, it is necessary to strike a balance between the expectations of the investor and those of the host country and host community”*<sup>289</sup>.

La vaguedad de las diferentes formulaciones del estándar de trato justo y equitativo, la ausencia de criterios para decidir cuándo debe entenderse infringido y la inexistencia de una doctrina arbitral consolidada han hecho que resulte impredecible el sentido en que el mismo pueda aplicarse en el caso concreto, con grave quiebra de la seguridad jurídica que demanda cualquier proceso inversor y con evidente interferencia en el normal ejercicio de las potestades regulatorias por los Estados parte de un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones exteriores o de un acuerdo de libre comercio que contenga un capítulo de protección de las mismas, Estados que, no pudiendo conocer con exactitud la forma en la que se aplicará el estándar en el caso concreto, no pueden ajustar su actuación al mismo y garantizar que no incurrirán en responsabilidad internacional con ocasión del desarrollo de su actividad legislativa, administrativa o, incluso, judicial<sup>290</sup>.

Las anteriores circunstancias están en la base del intenso debate doctrinal y político existente acerca del alcance del estándar de trato justo y equitativo, del arbitraje de inversiones como mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados y

---

<sup>289</sup> UNCTAD, *Fair and equitable ... Op.cit.* pág. 9.

<sup>290</sup> Como señala la UNCTAD, *“if the State and its sub national entities do not know in advance what type of conduct may be considered a breach of a treaty, then it cannot organize its regulatory and administrative decision-making processes and delegation in a way that ensures that its conduct will not incur liability under the FET standard”*. UNCTAD, *Fair and equitable ... Op.cit.* pág. 12.

de algunas de las soluciones que se han propuesto para resolverlo, cuestiones a las que se aludirá ulteriormente.

*b) El estándar de trato justo y equitativo en la práctica convencional*

Los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio incluyen en su seno, como regla general, el estándar de trato justo y equitativo, siendo muy diversas las formulaciones utilizadas en los mismos para recogerlo.

A continuación, se analizan las formulaciones más habituales del estándar de trato justo y equitativo en la práctica convencional internacional (nos referiremos, muy particularmente, a los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados por el Reino de España).

*i.- Acuerdos internacionales que no contemplan el estándar de trato justo y equitativo*

Aunque infrecuente en la práctica, resulta posible que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de protección de las inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio no contengan referencia alguna al estándar de trato justo y equitativo.

La omisión de cualquier referencia a dicho estándar, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el inversor extranjero pueda invocar la protección que resulta del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, si bien la aplicación en la práctica de dicho estándar dependerá de cuál sea la extensión del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados que contemple el correspondiente tratado, es decir, de si el mismo faculta o no al tribunal correspondiente a conocer de disputas basadas en el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado distintas de las expresamente recogidas en el correspondiente acuerdo.

En cuanto a la concreta posibilidad de invocar el estándar mínimo de trato en el marco del mecanismo de solución de controversias previsto en dicho acuerdo, su art. 9

prevé que el mismo se aplique respecto de “toda clase de controversias o de diferencias, incluidas las relativas al importe de la compensación por expropiación o medidas similares, entre una Parte y un inversor de la otra Parte en relación con una inversión o las rentas de inversión de ese inversor en el territorio de la otra parte”, permitiendo, por lo tanto, que la infracción por el Estado parte receptor de la inversión del estándar mínimo de protección con arreglo al Derecho internacional consuetudinario respecto de una inversión realizada por un inversor del otro Estado parte pueda ser sometida al expresado mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados, dado que el Acuerdo no exige que el incumplimiento que pueda denunciarse haya de venir referido necesariamente a alguna de las obligaciones contenidas en el mismo.

*ii.- Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo con referencia al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario.*

No son infrecuentes en la práctica convencional las cláusulas contenidas en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores que, contemplando el estándar de trato justo y equitativo, lo definen por referencia al estándar mínimo de trato de los extranjeros con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, al que queda equiparado.

La más famosa de las cláusulas formuladas bajo el anterior esquema es, sin lugar a dudas, la que aparecía recogida en el art. 1105.1 del Tratado de Libre Comercio de Norte América o TLCAN (más conocido por la expresión inglesa *North American Free Trade Agreement* o, simplemente, por las siglas “NAFTA”), cláusula que ha servido de base a un grandísimo número de decisiones sobre disputas en materia de inversiones exteriores adoptadas por los órganos de solución de controversias que dicho Acuerdo igualmente contempla<sup>291</sup>.

El referido precepto expresa lo siguiente:

---

<sup>291</sup> El 30 de noviembre de 2018 se firmó el Tratado entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) o *United States–Mexico–Canada Agreement* (USMCA), tratado de libre comercio resultado de la renegociación del TLCAN. El T-MEC, una vez ratificado por las autoridades mexicanas (19 de junio de 2019), estadounidenses (29 de enero de 2020) y canadienses (13 de marzo de 2020), entró en vigor el 1 de julio de 2020.

“Artículo 1105. Nivel mínimo de trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

Tratándose de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por el Reino de España, solo uno contiene una referencia explícita al Derecho internacional consuetudinario. Se trata del celebrado con México.

En este sentido, el Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos el 10 de octubre de 2006 (BOE de 3 de marzo de 2008) indica lo siguiente:

“Artículo IV. Nivel mínimo de trato

1. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

El anterior acuerdo permite entender que el trato justo y equitativo o la protección y seguridad plenas que cada Estado parte debe dispensar a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado parte no exigen un trato adicional o que vaya más lejos de lo exigido por el Derecho internacional consuetudinario (el trato justo y equitativo sería una parte integrante del trato acorde con el Derecho internacional consuetudinario).

Sin perjuicio de la evolución misma del estándar mínimo de protección con arreglo al Derecho internacional consuetudinario y de las dificultades que presenta la prueba de la costumbre en el Derecho internacional y la interpretación de su contenido, este tipo de formulaciones del estándar de trato justo y equitativo parecen estar dirigidas a evitar que los tribunales arbitrales encargados de su aplicación al caso concreto realicen una interpretación extensiva del mismo.

Con arreglo a dicha formulación, el estándar de trato justo y equitativo protegería a los inversores extranjeros no frente a cualquier actuación del Estado huésped de la inversión sino únicamente frente a las actuaciones estatales de mayor gravedad que pudieran incidir negativamente sobre sus inversiones.

*iii.- Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo con referencia al Derecho internacional.*

Un gran número de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores definen el estándar de trato justo y equitativo por referencia al Derecho internacional, bien en el sentido de considerar que dicho estándar debe interpretarse de conformidad con el Derecho internacional, bien en el de entender que el trato que deba dispensarse a un inversor extranjero no puede ser menos favorable que el prescrito por el mismo.

Mientras que en la primera de las formulaciones expuestas el Derecho internacional incluye el Derecho internacional consuetudinario sin limitarse exclusivamente al mismo<sup>292</sup>, en la segunda dicho ordenamiento opera más bien a modo de límite mínimo o base, atribuyendo al tribunal arbitral una gran libertad a la hora de determinar su alcance.

De entre los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por el Reino de España que reflejan la primera de las formulaciones expuestas (conformidad con el Derecho internacional) podemos hacer referencia al celebrado con Croacia el 21 de julio de 1997 (BOE de 29 de octubre de 1998)<sup>293 294</sup>, cuyo art. 3.2 señalaba lo siguiente:

“Art. 3. Protección

(...)

---

<sup>292</sup> El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia relaciona las fuentes del Derecho internacional. Son fuentes primarias las convenciones internacionales, sean generales o particulares, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Tienen carácter auxiliar las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

<sup>293</sup> Este acuerdo se ha declarado terminado por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).

<sup>294</sup> Redacciones prácticamente idénticas se contienen en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados con Venezuela (art. IV.1 del acuerdo de 2 de noviembre de 1995, BOE de 13 de octubre de 1997), El Salvador (art. 4.1 del acuerdo de 14 de febrero de 1995, BOE de 10 de mayo de 1996) o Gabón (art. 4.1 del Acuerdo de 2 de marzo de 1995, BOE de 25 de enero de 2002).

Además de la anterior formulación, añaden una referencia a la “plena protección y seguridad” los acuerdos celebrados por el Reino de España con las Repúblicas de Mauritania (art. 3.1 del acuerdo de 24 de julio de 2008, BOE de 26 de marzo de 2016), Senegal (art. 3.1 del acuerdo de 22 de noviembre de 2007, BOE de 19 de marzo de 2015) y Vietnam (art. 3.1 del acuerdo de 20 de febrero de 2006, BOE de 17 de diciembre de 2011) o el Reino de Bahréin (art. 3.1 del acuerdo de 22 de mayo de 2008, BOE de 3 de abril de 2015).

2. Las inversiones o rentas de los inversores de cada Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán en todo momento un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el Derecho Internacional”.

En cuanto a la segunda de las formulaciones (trato no menos favorable que el exigido por el Derecho internacional), es una de las más habituales en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados por España.

Así, por ejemplo, el art. 4.1 del acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria celebrado el 9 de julio de 2002 (BOE de 11 de febrero de 2006)<sup>295</sup> señala lo siguiente:

“Art. 4. Protección

1. Se concederá un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad a las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. En ningún caso concederá una Parte Contratante a dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional”.

Una formulación híbrida o combinada aparece recogida en el art. 3.1 del acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos hecho el 11 de diciembre de 1997 (BOE de 11 de abril de 2005):

“Art. 3 Protección

1. Las inversiones efectuadas por los inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante deberán recibir en todo momento un tratamiento justo y equitativo en

---

<sup>295</sup> En el mismo o parecido sentido se pronuncian los acuerdos celebrados por el Reino de España con las Repúblicas de Albania (art. 3.1 del acuerdo de 5 de junio de 2003, BOE de 13 de febrero de 2004), Jamaica (art. 3.1 del acuerdo de 13 de marzo de 2002, BOE de enero de 2003), Moldavia (art. 3.1 del acuerdo de 11 de mayo de 2006, BOE de 12 de febrero de 2007), Namibia (art. 3.1 del acuerdo de 21 de febrero de 2003, BOE de 18 de agosto de 2004), Serbia (art. 3.1 del acuerdo de 25 de junio de 2002, BOE de 4 de junio de 2004), Siria (art. 3.1 del acuerdo de 20 de octubre de 2003, BOE de 18 de febrero de 2005), Bosnia-Herzegovina (art. 4.1 del acuerdo de 25 de abril de 2002, BOE de 3 de julio de 2003), Trinidad y Tobago (art. 4.1 del acuerdo de 3 de julio de 1999, BOE de 19 de octubre de 2004), Macedonia (art. 3.1 del acuerdo de 20 de junio de 2005, BOE de 19 de febrero de 2007), Costa Rica (art. III.1 del acuerdo de 8 de julio de 1997, BOE de 17 de julio de 1999), Guatemala (art. 3.1 del acuerdo de 9 de diciembre de 2002, BOE de 17 de junio de 2004), Guinea Ecuatorial (art. 3.1 del acuerdo de 22 de noviembre de 2003, BOE de 12 de enero de 2004), Panamá (art. IV.1 del acuerdo de 10 de noviembre de 1997, BOE de 23 de octubre de 1998) o Eslovenia (art. III.1 del acuerdo de 15 de julio de 1998, BOE de 11 de mayo de 2000), el Estado de Kuwait (art. 3.1 del acuerdo de 8 de septiembre de 2005, BOE de 1 de abril de 2008) o el Reino Hachemita de Jordania (art. 4.1 del acuerdo de 20 de octubre de 1999, BOE de 10 de enero de 2001). El acuerdo celebrado con Eslovenia se ha declarado terminado por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).



consonancia con los principios del derecho internacional y serán objeto de protección y seguridad plenas e íntegras. Cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder a dichas inversiones un tratamiento no menos favorable que el exigido por el derecho internacional”.

*iv.- Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo sin referencia alguna al Derecho internacional o al Derecho internacional consuetudinario.*

Una de las formulaciones más habituales del estándar de trato justo y equitativo en la práctica convencional es aquella que no lo anuda a referencia alguna como puedan serlo el Derecho internacional o, en lo que al estándar mínimo de trato se refiere, el Derecho internacional consuetudinario.

Así, por ejemplo, el acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino de España y la República de Argentina el 3 de octubre de 1991 (BOE de 18 de noviembre de 1992)<sup>296</sup> señala en su art. IV (“Tratamiento”) que “1. Cada

---

<sup>296</sup> La misma o muy parecida redacción se contiene en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados por el España con las Repúblicas Checa y Eslovaca (art. 4.1 del acuerdo de 12 de diciembre de 1990, BOE de 7 de febrero de 1992), de Argelia (art. 4.1 del acuerdo de 12 de diciembre de 1994, BOE de 8 de marzo de 1996), Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán (art. 5.1 del acuerdo de 26 de octubre de 1990, BOE de 17 de diciembre de 1991), Uruguay (art. 4.1 del acuerdo de 7 de abril de 1992, BOE de 27 de mayo de 1994), Egipto (art. 4.1 del acuerdo de 3 de noviembre de 1992, BOE de 30 de junio de 1994), Turquía (art. IV.1 del acuerdo de 15 de febrero de 1995, BOE de 24 de marzo de 1998), Bulgaria (art. 4.1 del acuerdo de 5 de septiembre de 1995, BOE de 16 de junio de 1998), Estonia (art. 4.1 del acuerdo de 11 de noviembre de 1997, BOE de 15 de julio de 1998), Kazajstán (art. 4.1 del acuerdo de 23 de marzo de 1994, BOE de 30 de abril de 1996), Letonia (art. 4.1 del acuerdo de 26 de octubre de 1995, BOE de 5 de junio de 1997), Lituania (art. 4.1 del acuerdo de 6 de julio de 1994, BOE de 25 de enero de 1996), Nicaragua (art. IV.1 del acuerdo de 24 de abril de 1995, BOE de 25 de abril de 1995), Pakistán (art. 4.1 del acuerdo de 15 de septiembre de 1994, BOE de 12 de junio 1996), Paraguay (art. 4.1 del acuerdo de 11 de octubre de 1993, BOE de 9 de enero de 1997), Perú (art. 4.1 del acuerdo de 17 de noviembre de 1994, BOE de 8 de marzo de 1996), Túnez (art. 4.1 del acuerdo de 28 de mayo de 1991, BOE de 20 de julio de 1994), Ecuador (art. IV.1 del acuerdo de 26 de junio de 1996, BOE de 10 de abril de 1998), Honduras (art. 4.1 del acuerdo de 18 de marzo de 1994, BOE de 20 de julio de 1996), República Dominicana (art. 4.1 del acuerdo de 16 de marzo de 1995, BOE de 22 de noviembre de 1996), Cuba (art. 4.1 del acuerdo de 27 de mayo de 1994, BOE de 18 de noviembre de 1995), República de Filipinas (art. 2 del acuerdo de 19 de octubre de 1993, BOE de 17 de noviembre de 1994) o República Popular de China (art. 3 del acuerdo de 14 de noviembre de 2005, BOE de 8 de julio de 2008). Debe tenerse en cuenta que los acuerdos celebrados con las Repúblicas Checa, Eslovaca, de Bulgaria, de Estonia, de Letonia y de Lituania se ha declarado terminados por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado por 23 Estados Miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).

Por su parte, los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados por el Reino de España con Ucrania (art. 3.1 del acuerdo de 26 de febrero de 1998, BOE de 5 de mayo de 2000), el Reino de Arabia Saudí (art. 2.2 del acuerdo de 6 de abril de 2006, BOE de 28 de noviembre de 2016) o las repúblicas de Uzbekistán (art. 3.1 del acuerdo de 28 de enero de 2003, BOE de 31 de marzo de 2004), Libia (art. 3.1 del acuerdo de 17 de diciembre de 2017, BOE de 1 de octubre de 2009), Malasia (art. II.2 del acuerdo de 4 de abril de 1995, BOE de 8 de marzo de 1996) o Islámica de Irán (art. 3.1 del acuerdo de 29 de octubre de 2002, BOE de 10 de agosto de 2004), también utilizan una

Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte”.

En algunos casos la formulación del estándar se combina con el reconocimiento de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida.

En el anterior sentido se pronuncia, por ejemplo, el acuerdo celebrado entre el Reino de España y la República de Corea (art. 3.1 del acuerdo de 17 de enero de 1994, BOE de 13 de diciembre de 1994) que, tras reconocer el estándar de trato justo y equitativo, sin referirlo al Derecho internacional, lo relaciona con las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida.

Concretamente, dicho acuerdo señala lo siguiente:

“Art. 3. Tratamiento nacional y de la nación más favorecida

1. Cada Parte Contratante concederá en su territorio a las inversiones, y a las rentas procedentes de ellas, realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo que no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones y a las rentas de las inversiones de sus propios inversores o de inversores de un tercer Estado”.

Las anteriores formulaciones del estándar de trato justo y equitativo plantean la duda de si el mismo debe quedar equiparado al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario o si, por el contrario, tiene un significado autónomo ligado al que en el caso concreto puedan tener los conceptos de “justicia” y de “equidad” utilizados en el mismo.

Aunque las notas y los comentarios al art. 1 del proyecto de convenio para la protección extranjera aprobado por la OCDE en 1967 establecían dicha equiparación, lo cierto es que muchos tribunales arbitrales han optado por determinar en cada caso concreto el alcance de los mencionados conceptos, generando con ello una gran disparidad interpretativa.

---

expresión parecida añadiendo, asimismo, la referencia a la “protección y seguridad plenas” de la que disfrutaban las inversiones (estándar que alude a la “seguridad física” de las mismas).

v.- *Acuerdos internacionales que contemplan el estándar de trato justo y equitativo sin referencia alguna al Derecho internacional o al Derecho internacional consuetudinario aunque con exigencias sustantivas adicionales.*

La inconcreción de las formulaciones del estándar de trato justo y equitativo que no vinculan el mismo con el Derecho internacional o con el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario ha llevado a algunos tratados a incluir exigencias sustantivas adicionales dirigidas a limitar su ámbito aplicativo.

Así, de la práctica convencional resulta la existencia de acuerdos en los que, además de reconocerse el estándar de trato justo y equitativo se indica que el mismo incluye la obligación de no denegar justicia (*denial of justice*) en los procedimientos que afecten a las inversiones exteriores o la prohibición de adoptar medidas arbitrarias, irrazonables o discriminatorias.

Así, por ejemplo, se refiere a la prohibición de denegación de justicia y al principio de *due process* el Acuerdo de Inversiones Global de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) en los siguientes términos:

*“Art. 11. Treatment of Investment*

*Each Member State shall accord to covered investments of investor of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.*

*For greater certainty:*

*fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process (...)*”

Respecto de la prohibición de adopción de medidas arbitrarias, irrazonables o discriminatorias, el art. 10.1 del TCE incluye las siguientes exigencias sustantivas adicionales:

*“Art. 10 Promoción, protección y trato de las inversiones*

1. De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes 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, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”.

También prohíben las medidas arbitrarias, injustificadas o discriminatorias, a modo de concreción del estándar de trato justo y equitativo, el acuerdo celebrado entre el Reino de España y la República de Colombia el 31 de marzo de 2005 (BOE de 12 de septiembre de 2007)<sup>297</sup>:

“Art. 2. Promoción y admisión de las inversiones

(...)

3. Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones”.

*c) Evolución de la interpretación del estándar de trato justo y equitativo.*

Atendidas la diversidad de formulaciones del estándar de trato justo y equitativo contenidas en los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de las inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio (no obstante la mayor concreción que dichas

---

<sup>297</sup> En términos análogos se pronuncian los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por el Reino España con países como las Repúblicas de Hungría (art. 3.1 del acuerdo de 9 de noviembre de 1989, BOE de 9 de septiembre de 1992), Polonia (art. 4.1 del acuerdo de 30 de julio de 1992, BOE de 4 de junio de 1993) o Rumanía (art. 2.3 del acuerdo de 25 de enero de 1995, BOE de 23 de noviembre de 1995). Ha de tenerse en cuenta que los acuerdos celebrados con las Repúblicas de Hungría y Rumanía se han declarado terminados por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado por 23 Estados Miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020). El acuerdo celebrado con la República de Polonia fue terminado el 16 de octubre de 2019, si bien contiene una cláusula de remanencia respecto de las inversiones realizadas con anterioridad a la terminación (vid. Anexo B del Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos, DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).

formulaciones tienen por lo general en los textos más modernos), la vaguedad de los conceptos de “justicia” y de “equidad” que en el mismo se incluyen y la necesidad de determinar su contenido y alcance exacto en el caso concreto, resulta imprescindible conocer la evolución en el tiempo de la interpretación de dicho estándar.

Como señala DE NANTEUIL, el estándar de trato justo y equitativo es un concepto profundamente evolutivo. Así, dicho estándar incluyó, desde un primer momento, un cierto número de elementos fundamentales propios del Derecho internacional general como puedan serlo la prohibición de la denegación de justicia (*denial of justice*) o el derecho al procedimiento debido (*due process*), pasando con posterioridad a incluir en su seno una serie de elementos de protección más modernos como lo son, por ejemplo, el deber de los Estados huéspedes de las inversiones exteriores de actuar con transparencia o el derecho de los inversores extranjeros a la protección de las expectativas legítimas y razonables que puedan ostentar, elementos cuya cobertura por el Derecho internacional consuetudinario es, cuando menos, dudosa<sup>298</sup>.

La fijación del contenido del estándar de trato justo y equitativo ha de hacer frente al problema de que su interpretación viene generalmente encomendada en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y en los capítulos de protección de las inversiones exteriores previstos en los acuerdos de libre comercio a tribunales arbitrales cuyos laudos no son susceptibles de ser recurridos (*one-off arbitration*) ante un órgano que pueda unificar dicha interpretación. La aplicación de dicho estándar en el caso concreto es, en cierto modo, imprevisible y depende sobremanera de las circunstancias que específicamente puedan concurrir en el mismo.

*i.- El estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario*

El estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario es un conjunto de reglas (costumbres internacionales) que regulan el tratamiento que los Estados han de dispensar a los extranjeros y a sus propiedades.

---

<sup>298</sup> DE NANTEUIL, A. (2014), *Droit International de l'investissement*, Editions A. Pedone, pág. 320.

Como se ha expresado anteriormente, en un primer momento se consideró que el estándar de trato de justo y equitativo no era sino un trasunto del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario.

En el anterior sentido se pronuncian las notas y comentarios al proyecto de convenio para la protección de la propiedad extranjera publicado por la OCDE (que prevén la equiparación entre uno y otro) e importantes tratados de libre comercio como el TLCAN.

La formulación tradicional del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario la realizó la Comisión General de Reclamaciones creada por México y Estados Unidos en virtud del Acuerdo de Bucareli de 13 de agosto de 1923<sup>299</sup> y en el marco de la decisión del asunto *Neer c. México*<sup>300</sup>, caso en el que se analizaba la falta de investigación y de persecución por las autoridades mexicanas del asesinato de un ciudadano estadounidense en su territorio.

Para la citada Comisión:

*“The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial”.*

El estándar mínimo de trato, tal y como resulta de la decisión transcrita, se asoció principalmente a la denegación de justicia (*denial of justice*), siendo el umbral de responsabilidad utilizado en el mismo notablemente elevado, exigiéndose para su aplicación que el trato dispensado al inversor extranjero por el Estado receptor de la inversión pudiera ser calificado como un atropello (*outrage*), estar presidido por la mala

---

<sup>299</sup> Dicha convención se dirigió a regular las reclamaciones provenientes de pérdidas o daños sufridos por ciudadanos estadounidenses por actos revolucionarios dentro del período comprendido entre el 20 de noviembre de 1910 y el 31 de mayo de 1920. En la misma el Gobierno de México manifestó su deseo de “llegar a un arreglo equitativo de las reclamaciones de los ciudadanos de los Estados Unidos, y concederles una compensación justa y adecuada por sus pérdidas o daños”, comprometiéndose a no negar o rechazar reclamación alguna alegando la aplicación del principio general de derecho internacional de que han de agotarse los remedios legales como condición precedente a la validez o administración de cualquier reclamación.

<sup>300</sup> *L. F. H. Neer and Pauline Neer c. México*, laudo de 15 de octubre de 1926, pág. 65.

fe o el dolo o constituir una conducta gubernamental manifiestamente inadecuada a la luz de los estándares internacionales.

En todo caso, es indudable que el “estándar *Neer*”, en cuanto referido principalmente a la seguridad física de los ciudadanos de un Estado en otro Estado, presenta evidentes limitaciones para poder hacer frente a un fenómeno de mayor complejidad y que plantea otro tipo de retos como el de la inversión exterior<sup>301</sup>.

*ii.- Recepción y evolución del estándar mínimo de trato en el acuerdo NAFTA.*

El acuerdo NAFTA contemplaba en su capítulo XI diversos estándares en materia de protección de inversiones exteriores y un mecanismo de solución de controversias entre cualquiera de sus Estados parte y los inversores de otro Estado parte.

Dentro de dicho capítulo, su art 1105, bajo la rúbrica “nivel mínimo de trato”, obligaba a cada uno de los Estados parte del TLCAN a otorgar a las inversiones realizadas por los inversores de otro Estado parte un “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

En una de las primeras decisiones de una controversia entre inversores y Estados bajo el acuerdo NAFTA, la adoptada en el asunto *Myers c. Canadá*, el tribunal arbitral aplicó su art. 1105 tomando en consideración un umbral de responsabilidad elevado.

Así, dicho tribunal consideró que el indicado precepto únicamente podía incumplirse cuando el inversor hubiera sido tratado con un nivel de injusticia o de arbitrariedad que resultara inaceptable desde la perspectiva internacional, debiendo considerarse el alto grado de tolerancia que generalmente tiene el Derecho internacional respecto del derecho de las autoridades de un Estado a regular asuntos dentro de sus fronteras:

---

<sup>301</sup> Señala SORNARAJAH que la conversión de un principio nacido en el ámbito de la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y dirigido esencialmente a garantizar su seguridad y protección personal en un sistema de protección de su propiedad ha resultado conflictiva. Así los países latinoamericanos u otros Estados surgidos tras el proceso de descolonización vienen sosteniendo consistentemente que la interferencia con los derechos de propiedad, particularmente si se trata de poner en práctica programas económicos, debe caer dentro de la soberanía doméstica del Estado huésped de la inversión exterior. Dicha conversión ha fructificado en el ámbito bilateral, existiendo un mayor nivel de resistencia en el multilateral. SORNARAJAH, M. *The International Law on, ... op. cit.* Pág. 153.

*“A breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders”<sup>302</sup>.*

Sin embargo, en la decisión adoptada en el asunto *Pope & Talbot c. Canadá* el tribunal arbitral que conoció del mismo estimó que la introducción de la justicia o de la equidad en la fórmula utilizada por el art. 1105 del Acuerdo permitía entender ora que dichos elementos ya estaban incluidos dentro de las exigencias del Derecho internacional consuetudinario, ora que los mismos tenían carácter “adicional” respecto de dichas exigencias, de forma que los inversores amparados por el TLCAN ostentaban derecho tanto al trato mínimo con arreglo al Derecho internacional consuetudinario como al resultante de los expresados elementos, pues así resulta de la evolución de los acuerdos comerciales bilaterales celebrados por los países industrializados:

*“Another possible interpretation of the presence of the fairness elements in Article 1105 is that they are additive to the requirements of international law. That is, investors under NAFTA are entitled to the international law minimum, plus the fairness elements. It is true that the language of Article 1105 suggests otherwise, since it states that the fairness elements are included within international law. But that interpretation is clouded by the fact, as all parties agree, that the language of Article 1105 grew out of the provisions of bilateral commercial treaties negotiated by the United States and other industrialized countries (...)*

*These treaties evolved over the years into their present form, which is embodied in the Model Bilateral Investment Treaty of 1987. Canada, the UK, Belgium, Luxembourg, France and Switzerland have followed the Model. It provides as follows:*

*Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law*

*The Tribunal interprets that formulation as expressly adopting the additive character of the fairness elements. Investors are entitled to those elements, no matter what else their entitlement under international law. A logical corollary to this language is that compliance with the fairness elements must*

---

<sup>302</sup> S.D. Myers, Inc. c. Canadá, UNCITRAL, laudo de 13 de noviembre de 2000, parágrafo n° 263.



*be ascertained free of any threshold that might be applicable to the evaluation of measures under the minimum standard of international law*”<sup>303</sup>.

La anterior interpretación originó una importante controversia<sup>304</sup> y llevó a la Comisión de Libre Comercio prevista en el propio TLCAN a elaborar el 31 de julio de 2001 unas Notas Interpretativas sobre determinados preceptos contenidos en el Capítulo 11 del Tratado (en el que sistemáticamente se ubica el art. 1105), estableciendo claramente la asociación que existe entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario:

“B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste”.

Sin perjuicio de las aclaraciones contenidas en las Notas Interpretativas del acuerdo NAFTA, muchos laudos arbitrales que aplicaron el art. 1105 del mismo con posterioridad a la aprobación de aquéllas entendieron que el estándar de trato justo y equitativo contemplado en dicho precepto es un “concepto evolutivo” que en modo alguno queda limitado al estándar *Neer*, establecido en 1926 y ligado a la garantía de la seguridad física de los extranjeros, de forma que, tratándose de inversiones exteriores, lo injusto e inequitativo no puede equivaler únicamente a lo indignante y atroz.

Así y respecto de la superación del estándar *Neer*, en el asunto *Mondev c. Estados Unidos* el tribunal tuvo ocasión de expresar lo siguiente:

*“Neer and like arbitral awards were decided in the 1920s, when the status of the individual in international law, and the international protection of foreign investments, were far less developed than they have since come to be. In particular, both the substantive and procedural rights of the individual in*

---

<sup>303</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, UNCITRAL, laudo de 10 de abril de 2001 (Fase 2), párrafos nº 110 y 111.

<sup>304</sup> Vid. LAIRD, I. “Betrayal, shock and outrage – Recent developments in NAFTA article 1105” (2004), en WEILER, T. (Ed.) *NAFTA: Investment Law and Arbitration: Past issues, current practice, future prospects*, Transnational Publishers, Ardsley, pág. 49.

*international law have undergone considerable development. In the light of these developments it is unconvincing to confine the meaning of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” of foreign investments to what those terms – had they been current at the time – might have meant in the 1920s when applied to the physical security of an alien. To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith”<sup>305</sup>.*

Y alude a la evolución posterior del estándar de trato justo y equitativo a efectos de concluir que el recogido en el art. 1105 del acuerdo NAFTA tiene necesariamente un contenido diferente y más amplio que el del estándar *Neer*:

*“The vast number of bilateral and regional investment treaties (more than 2000) almost uniformly provide for fair and equitable treatment of foreign investments, and largely provide for full security and protection of investments. Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres inter se. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal’s view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law. It would be surprising if this practice and the vast number of provisions it reflects were to be interpreted as meaning no more than the Neer Tribunal (in a very different context) meant in 1927”<sup>306</sup>.*

En todo caso, el tribunal trata de limitar el alcance del estándar contemplado en el expresado precepto en el sentido de que su contenido es objetivo y debe venir determinado por el contenido que en cada momento tenga el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario:

*“At the same time, Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was ‘fair’ or ‘equitable’ in the circumstances of each particular case. While possessing a power of appreciation, the United States stressed, the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own*

---

<sup>305</sup> *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, laudo de 11 de octubre de 2002, parágrafo 116.

<sup>306</sup> *Mondev c. Estados Unidos*, parágrafo 117.

*idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable' without reference to established sources of law*"<sup>307</sup>.

Al margen de la evolución del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario y de la inconveniencia de, en la actualidad, extrapolar automáticamente el estándar *Neer* al tratamiento que el Estado receptor de una inversión exterior deba dispensar al inversor extranjero, el problema que presenta dicho estándar es, principalmente, el de la acreditación o prueba de la costumbre y, en su caso, de su modificación.

La evolución de dicho estándar mínimo de trato en cuanto estándar de protección del inversor extranjero se aprecia con meridiana claridad en el asunto *Waste Management c. México*, caso en el que el tribunal consideró como contrarias a dicho estándar las conductas estatales arbitrarias, manifiestamente injustas, antijurídicas, imprevisibles o discriminatorias:

“El nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrásica, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”<sup>308</sup>.

Sin perjuicio de la indicada evolución, es indudable que el art. 1105 del Acuerdo NAFTA pretendió que el umbral de responsabilidad a tomar en consideración por un tribunal a la hora de analizar las conductas estatales que pudieran infringirlo fuera elevado.

Así, por ejemplo, en el asunto *Thunderbird c. México* el tribunal arbitral, aparentemente, optó por dar marcha atrás y restringir el ámbito de aplicación del estándar contemplado en el art. 1105 del Acuerdo NAFTA únicamente a determinados actos o

---

<sup>307</sup> *Mondev c. Estados Unidos*, parágrafo 119.

<sup>308</sup> *Waste Management Inc. c. México*, n° ARB (AF)/98/2, laudo de 2 de junio de 2000, parágrafo 98.

conductas que impliquen una grave denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta y que claramente se sitúe por debajo de los estándares internacionales generalmente aceptados:

“A los efectos del presente caso, el Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables”<sup>309</sup>.

En el mismo sentido se pronunció también el tribunal del asunto *Cargill c. México*:

“El Tribunal sostiene que la norma de “trato justo y equitativo” conforme al actual derecho internacional consuetudinario refleja, como mínimo, la adaptación de la norma aceptada del caso *Neer* a las condiciones actuales (...). Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo”<sup>310</sup>.

En este último asunto el tribunal analizó, además, la posible violación por la conducta estatal denunciada del supuesto requisito de que exista un “entorno estable y previsible” que no desvirtúe las expectativas razonables del inversor o las exigencias de transparencia, ausencia de discriminación y no arbitrariedad de dicha conducta.

Así y respecto del supuesto derecho a un “entorno estable y razonable”, entendió el tribunal arbitral que, salvo que exista base contractual o cuasicontractual, no se trata de un requisito exigido por el TLCAN o por el Derecho internacional consuetudinario:

“No se han presentado pruebas al Tribunal de la existencia de tal requisito en el TLCAN o en el derecho internacional consuetudinario, por lo menos en los casos en que tales expectativas no emanan de un contrato o de una base cuasicontractual”<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. México*, CNUDMI, laudo de 26 de enero de 2006, parágrafo 194.

<sup>310</sup> *Cargill Inc. c. México*, CIADI, caso n° ARB(AF)/05/2, laudo de 18 de septiembre de 2009, parágrafo 286.

<sup>311</sup> *Ibid.* parágrafo 290.

Y en cuanto a la exigencia de que la conducta no resulte arbitraria, el tribunal indicó que:

“La arbitrariedad puede ocasionar una violación de los deberes de un Estado en virtud del Artículo 1105, pero únicamente cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto”<sup>312</sup>.

Otros laudos que han interpretado el art. 1105 del Acuerdo NAFTA han entendido que el mismo incorpora una exigencia de que la actividad regulatoria del Estado receptor de la inversión sea transparente.

Así, en el caso *Metalclad c. México*, en el que se analizaba la construcción de una instalación de tratamiento de residuos y su ulterior clausura por no disponer de un permiso municipal, el tribunal arbitral, tras afirmar que la referencia a la transparencia realizada por el art. 102.1 del TLCAN es “de importancia mayor”, señaló que:

“[E]sto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes”<sup>313</sup>.

Y con fundamento en lo anterior, indicó que:

“La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos

---

<sup>312</sup> *Ibíd.* párrafo 293.

<sup>313</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos*, CIADI, caso n°. ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 76.

municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN”<sup>314</sup>.

Particular relevancia tiene el asunto *Glamis Gold c. Estados Unidos* en el que el tribunal arbitral entendió que el estándar *Neer* había evolucionado desde 1926 en el sentido de haber variado el significado de los términos “impactante y escandaloso” (*shocking and outrageous*).

Para el indicado tribunal:

*“The customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community. Although the circumstances of the case are of course relevant, the standard is not meant to vary from state to state or investor to investor (...)”*<sup>315</sup>.

Afirmando a continuación que, aunque las situaciones que se presentan en la actualidad son mucho más complicadas y variadas que las existentes en 1926, perviven los fundamentos del estándar *Neer*:

*“It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). The Tribunal notes that one aspect of evolution from Neer that is generally agreed upon is that bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such. Thus, an act that is egregious or shocking may also evidence bad faith, but such bad faith is not necessary for the finding of a violation. The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously”*<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> *Metalclad c. EE.UU.*, párrafo 88.

<sup>315</sup> *Glamis Gold Ltd. c. EE.UU.*, laudo de 8 de junio de 2009, párrafo 615.

<sup>316</sup> *Glamis Gold c. EE.UU.*, párrafo 616.

Tras lo anterior el tribunal sintetiza el contenido del estándar mínimo de trato con arreglo al art. 1105 del TLCAN, estándar que, a juicio del mismo, protege al inversor extranjero frente a actuaciones del Estado receptor de la inversión exterior que puedan reputarse como “escandalosas e impactantes” (*egregious and shocking*), hasta el punto de situarse por debajo de los estándares internacionales, actuaciones entre las que se incluyen las arbitrariedades, injusticias o discriminaciones manifiestas y evidentes, la grave denegación de justicia, la completa ausencia de procedimiento debido o, incluso, la creación de expectativas legítimas en el inversor para inducirle a invertir que sean quebradas ulteriormente:

*“The Tribunal therefore holds that a violation of the customary international law minimum standard of treatment, as codified in Article 1105 of the NAFTA, requires an act that is sufficiently egregious and shocking —a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons— so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105. Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;” or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations. The Tribunal emphasizes that, although bad faith may often be present in such a determination and its presence certainly will be determinative of a violation, a finding of bad faith is not a requirement for a breach of Article 1105(1)”<sup>317</sup>.*

En el asunto *Merrill & Ring Forestry c. Canadá* el tribunal prescindió de analizar si ha existido o no convergencia entre el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario y el estándar de trato justo y equitativo y señaló que:

*“[T]he restrictive Neer standard has not been endorsed or has been much qualified. The parties have extensively discussed whether the customary law standard might have converged with the fair and equitable treatment standard, but convergence is not really the issue. The situation is rather one in which the customary law standard has led to and resulted in establishing the fair and equitable treatment standard as different stages of the same evolutionary process”<sup>318</sup>.*

Y añadió, precisamente, que lo que ha terminado convirtiéndose en Derecho internacional consuetudinario, como consecuencia de la práctica consistente de los

---

<sup>317</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, UNCITRAL, laudo de 8 de junio de 2009, parágrafo 627.

<sup>318</sup> *Merrill & Ring Forestry LP c. Canadá*, CIADI, laudo de 31 de marzo de 2010, parágrafo 209.

Estados, es la obligación de éstos de dispensar a los extranjeros que en ellos inviertan un trato justo y equitativo integrado por los elementos de justicia, equidad y razonabilidad, debiendo determinarse el alcance de dichos elementos en función de las circunstancias del caso concreto:

*“A requirement that aliens be treated fairly and equitably in relation to business, trade and investment is the outcome of this changing reality and as such it has become sufficiently part of widespread and consistent practice so as to demonstrate that it is reflected today in customary international law as opinio juris. In the end, the name assigned to the standard does not really matter. What matters is that the standard protects against all such acts or behavior that might infringe a sense of fairness, equity and reasonableness. Of course, the concepts of fairness, equitableness and reasonableness cannot be defined precisely: they require to be applied to the facts of each case”<sup>319</sup>.*

La notable y controvertida ampliación del nivel mínimo de trato contemplado en el art. 1105 del acuerdo NAFTA y, consiguientemente, del grado de protección de los inversores de cualquiera de los Estados parte del mismo frente a los cambios regulatorios realizados por otro Estado parte, fue, *inter alia*, uno de los motivos que llevó a las autoridades canadienses y estadounidenses a promover su renegociación y, finalmente, a celebrar el Tratado entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (“T-MEC” o “USMCA”).

Como afirma SORNARAJAH<sup>320</sup>, *“whereas previously the targets of arbitration were developing countries, the new battleground opened up by NAFTA makes two developed states the targets of the mechanisms and legal standards of investment protection they themselves used against developing states in the past”*.

Mientras que la principal motivación para la negociación de un nuevo tratado perseguida por Canadá era el reforzamiento de su capacidad para aprobar medidas de protección medioambiental, los objetivos perseguidos por la administración estadounidense fueron mucho más variados<sup>321</sup>, destacando entre los mismos la reducción o la eliminación en todos los sectores de las barreras para la inversión, la necesidad de asegurar a los inversores estadounidenses en otros Estados Parte derechos consistentes

---

<sup>319</sup> *Ibid.*, parágrafo 210

<sup>320</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on ... Op. cit.* pág. 390.

<sup>321</sup> Los mismos figuran recogidos en el “documento resumen” de 17 de julio de 2017 <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf> (a. 1/6/2021).



con los principios y con la práctica legal estadounidenses o la de garantizar el no reconocimiento en los Estados Unidos a los inversores de un Estado Parte de derechos sustantivos superiores a los reconocidos a los inversores domésticos.

El art. 14.6 del acuerdo finalmente celebrado contempla, al igual que el art. 1105 NAFTA, el “nivel mínimo de trato” para las inversiones cubiertas por el mismo. Sin embargo, lo hace en términos sensiblemente diferentes y claramente destinados a limitar el alcance del estándar que recoge.

Así, en primer lugar, afirma que “cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas” (art. 14.6 aptdo. 1 T-MEC).

Es decir, dicho nivel mínimo de trato habrá de otorgarse de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario, más no con lo que resulte del Derecho internacional globalmente considerado (de mayor amplitud).

El nivel mínimo de trato incluirá, entre otros posibles elementos, el trato justo y equitativo, más no cualquiera sino únicamente el que pueda formar parte del Derecho internacional consuetudinario en cada momento.

Es por lo anterior que el referido precepto especifica que el término “derecho internacional consuetudinario” habrá de interpretarse de conformidad con lo que indica el Anexo 14-A del Tratado, que considera como tal la “práctica general y consistente de los Estados observada por ellos por considerarla una obligación jurídica”, de forma que el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a “todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen las inversiones de los extranjeros”.

Por otra parte y en línea con lo que ya figuraba en las Notas Interpretativas de 31 de julio de 2011 sobre el Capítulo 11 del Tratado NAFTA elaboradas por la Comisión de Libre Comercio prevista en el mismo y, en particular, sobre su art. 1105, el aptdo. segundo del art. 14.6 T-MEC establece un nivel mínimo de trato que habrá de operar como nivel máximo.

En el anterior sentido el expresado precepto señala que “el nivel de trato que será otorgado” a las inversiones cubiertas será el “nivel mínimo de derecho internacional

consuetudinario para el trato a los extranjeros”, de manera que los elementos trato justo y equitativo o protección y seguridad plenas “no requieren un trato adicional a, o superior al exigido por ese nivel” (el nivel mínimo de trato) y “no crean derechos sustantivos adicionales”.

Y para evitar cualquier duda acerca del alcance del trato justo y equitativo, el propio aptdo. señala que “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

Y el aptdo. cuarto excluye expresamente la protección de las expectativas legítimas del objeto del nivel mínimo de trato, al añadir que “el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta”.

Y, por último, el nivel mínimo de trato que el T-MEC dispensa a las inversiones cubiertas ha de ponerse en relación con la potestad de regular en beneficio del interés general que corresponde a los Estados, potestad que se regula con una notable amplitud (art. 14.6):

“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que sea compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al ambiente, salud, seguridad u otros objetivos regulatorios”.

La anterior regulación pone de manifiesto la voluntad de los Estados signatarios del T-MEC de reequilibrar, en beneficio del interés general que los mismos patrocinan, el régimen de protección de las inversiones exteriores que había configurado la práctica arbitral en aplicación del art. 1105 TLCAN<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> Algunos de ellos, como Canadá, habían entendido que el régimen de protección de los inversores extranjeros articulado en torno al art. 1105 del NAFTA era inconsistente con las previsiones constitucionales, particularmente, con las relativas al régimen de expropiación de la propiedad privada, y discriminatorias para con los inversores nacionales, quedando la determinación de su alcance en manos de tribunales privados que funcionan al margen de los procesos democráticos nacionales y que distribuyen de manera muy irregular los beneficios y las cargas. En relación con la inconsistencia y la discriminación, WOOD y CLARKSON afirman que el Capítulo XI del NAFTA “*provides substantially greater protection of private property rights than the Canadian constitution or legislation. Its rights for foreign investors are unprecedented in Canadian law and inconsistent with the treatment of private property in the Canadian*

iii.- *La interpretación del estándar de trato justo y equitativo por los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de controversias entre inversores y Estados.*

Las limitaciones inherentes a la protección dispensada por la prohibición de las expropiaciones o de las medidas equivalentes a la expropiación que no se ajusten a las exigencias contempladas en el Derecho internacional convencional (los actos o medidas de naturaleza regulatoria no encajan, en principio, dentro de la categoría de actos expropiatorios) han llevado a los inversores extranjeros a invocar habitualmente la violación del estándar de trato justo y equitativo frente a las modificaciones de la regulación aplicable a la inversión exterior por el Estado huésped o frente a otro tipo de actuaciones imputables al mismo con incidencia negativa sobre ella.

La aplicación en el tiempo del estándar de trato justo y equitativo por los tribunales arbitrales previstos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y en los capítulos de protección de las inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio ha ido incorporando al mismo elementos adicionales a los inicialmente comprendidos en el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario tal y como fue formulado en el asunto *Neer c. México*.

Y aunque la extensión del estándar de trato justo y equitativo depende, en muy buena medida, de la formulación utilizada en el correspondiente tratado y de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la práctica arbitral, con carácter general, ha ido ampliando la misma hasta el punto de exigir un actuar transparente del Estado huésped de la inversión o de proteger las expectativas legítimas y razonables de los inversores extranjeros.

Sintetiza el resultado de la evolución del estándar de trato justo y equitativo el laudo dictado en el asunto *Rumeli Telekom c. Kazajastán*:

*“The fair and equitable treatment standard encompasses inter alia the following concrete principles:*

---

*constitution, which gives no protection against the taking of private property”.* Vid. WOOD, S. y CLARKSON, S. (2009), “NAFTA Chapter 11 as Supraconstitution”, en *SSRN Electronic Journal*, núm. 5, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1500564> (a. 1/6/2021), pág. 15.

- *the State must act in a transparent manner;*
  - *the State is obliged to act in good faith;*
  - *the State's conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process;*
  - *the State must respect procedural propriety and due process.*
- The case law also confirms that to comply with the standard, the State must respect the investor's reasonable and legitimate expectations*<sup>323</sup>.

A continuación se analiza detalladamente tanto la protección de las expectativas legítimas como los demás elementos que, según la práctica arbitral, integran el estándar de trato justo y equitativo.

*iv.- La protección de las expectativas legítimas de los inversores extranjeros*

La protección de las legítimas y razonables expectativas de los inversores extranjeros ha sido y es, sin lugar a duda, el elemento del estándar de trato justo y equitativo que mayor debate y controversia ha generado y está generando atendida su incidencia sobre la facultad soberana de los Estados huéspedes de las inversiones exteriores de regular y actuar en beneficio del interés público.

Según expresa BASENER, en la actualidad la piedra angular de la admisión de la violación del estándar de trato justo y equitativo la constituye, precisamente, el concepto de “expectativas legítimas” dado que la determinación del límite hasta el que deban protegerse dichas expectativas influye considerablemente sobre el margen del que dispone el Estado huésped de la inversión exterior para poder modificar su legislación<sup>324</sup>.

Además, la interpretación del estándar de trato justo y equitativo, en lo relativo a la protección de las expectativas legítimas y razonables de los inversores extranjeros, se ha ido ampliando progresivamente, de forma que si bien en un principio dichas expectativas debían basarse en la existencia de compromisos específicos del Estado hacia el inversor

---

<sup>323</sup> *Rumeli Telekom y Teslim Mobil c. Kazajastán*, CIADI, caso n° ARB/05/16, laudo de 29 de julio de 2008, parágrafo 609.

<sup>324</sup> BASENER N. (2017), *Investment Protection in the European Union (considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements)*, Nomos, pág. 372.

extranjero, en la actualidad se discute la posibilidad de que puedan comprender la estabilidad misma del marco regulatorio existente al tiempo en que se ejecutó la inversión exterior.

Como afirman GRIERSON-WEILER y LAIRD “*the concept of legitimate expectation appears to be moving from its more narrow application, in detrimental reliance cases involving a specific promise by state officials not honoured with damages resulting, to an application regarding the entirety of the regulatory experience, where transparency, predictability, the rule of law and non-discrimination are the promise that induces reasonable reliance*”<sup>325</sup>.

La recepción por la práctica arbitral de la doctrina de las expectativas legítimas se ha producido en paralelo a la eclosión del fenómeno de la inversión exterior durante las últimas décadas. La misma ha puesto de manifiesto el problema de cuáles deben ser los límites del riesgo regulatorio que han de observar los Estados para no incurrir en responsabilidad internacional, habiendo pasado a convertirse en uno de los elementos nucleares del Derecho internacional de inversiones.

Así, ya en el asunto *Tecmed c. México*, en el que un inversor español invocó la infracción del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos y entonces vigente<sup>326</sup>, el tribunal arbitral tuvo ocasión de expresar que dicho estándar, a la luz de los imperativos de la buena fe propios del Derecho internacional:

“Exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> GRIERSON-WEILER, T.J. y LAIRD, I.A. “Standards of treatment”, *op. cit.* pág. 282.

<sup>326</sup> El Acuerdo de 22 de junio de 1995 obligaba en su art. IV.1 a cada Estado parte a garantizar en su territorio un “tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”. El mismo fue sustituido por el Acuerdo de 10 de octubre de 2006, actualmente vigente, que se refiere ahora a que dicho tratamiento debe ser “acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

<sup>327</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, CIADI, caso n°. ARB (AF)/00/2, laudo de 21 de mayo de 2003, parágrafo 154.

En cuanto a cuál pueda ser el contenido de esas “expectativas básicas” al tiempo de realizar la inversión, el propio laudo señala que las mismas consisten en esperar que el Estado huésped actúe coherente y transparentemente y haga un uso típico de sus potestades:

“Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación”<sup>328</sup>.

Si la actuación del Estado receptor de la inversión exterior no se ajusta a las indicadas pautas, se impide al inversor extranjero determinar *ex ante* el tratamiento que pueda otorgarse a aquélla, quebrándose con ello la obligación que a aquél incumbe de dispensar un trato justo y equitativo a dicha inversión:

“En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta qué punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo. Por consiguiente, la observancia por el Estado receptor de dichas pautas se encuentra indisociablemente ligada a esa garantía, a las posibilidades reales de hacerla efectiva, y a excluir toda posible calificación del accionar estatal como arbitrario; es decir, cuando dicho

---

<sup>328</sup> *Ibid.* Parágrafo 154.

accionar presenta insuficiencias tales que éstas serían reconocidas “...por todo hombre razonable e imparcial”, o cuando tal accionar, sin necesariamente violar normas jurídicas específicas, es contrario a derecho porque:

*...shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety*”<sup>329</sup>.

En el asunto *Saluka c. República Checa* el tribunal arbitral considera que el estándar de trato justo y equitativo debe ser interpretado a la luz de la obligación que los Estados parte asumen cuando celebran un acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de favorecer las mismas (obligación que no constituye un estándar independiente y que, por ende, se integra en el deber del Estado huésped de la inversión exterior de dispensar a la misma un trato justo y equitativo).

A la luz de dicha obligación y sin perjuicio de poder adoptar medidas dirigidas a la protección del interés público, el Estado huésped de la inversión exterior debe respetar las expectativas legítimas “razonables” de los inversores extranjeros y que se cifran en la necesidad de que la conducta estatal sea “consistente, transparente, razonable y no discriminatoria”.

En el anterior sentido, el laudo dictado en el indicado asunto expresa lo siguiente:

*“The “fair and equitable treatment” standard in Article 3.1 of the Treaty is an autonomous Treaty standard and must be interpreted, in light of the object and purpose of the Treaty, so as to avoid conduct of the Czech Republic that clearly provides disincentives to foreign investors. The Czech Republic, without undermining its legitimate right to take measures for the protection of the public interest, has therefore assumed an obligation to treat a foreign investor’s investment in a way that does not frustrate the investor’s underlying legitimate and reasonable expectations. A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions). In applying this standard, the Tribunal will have due regard to all relevant circumstances”*.<sup>330</sup>

En el asunto *Duke Energy c. Ecuador*, el tribunal arbitral resaltó la vinculación que ha de existir entre la “estabilidad” del ordenamiento jurídico y comercial, por una parte, y las expectativas legítimas y razonables del inversor extranjero, por otra, así como la

---

<sup>329</sup> *Ibid.* Parágrafo 154.

<sup>330</sup> *Saluka Investments c. República Checa*, UNCITRAL, laudo de 17 marzo de 2006, parágrafo 309.

necesidad de valorar estas últimas en función de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto.

Así, en el laudo dictado en dicho asunto se afirma que:

“La estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce el hecho de que esas expectativas constituyen un elemento importante del concepto de trato justo y equitativo. Al mismo tiempo, tiene presentes sus limitaciones. Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión”<sup>331</sup>.

En el asunto *LG&E c. Argentina* el tribunal arbitral construyó una suerte de derecho del inversor extranjero a la “estabilidad regulatoria”.

Así, el tribunal arbitral, tras señalar que, “adicionalmente a la obligación del Estado de proporcionar un ambiente jurídico y comercial estable, el análisis del trato justo y equitativo conlleva la consideración de las expectativas del inversionista al momento de invertir confiando en las protecciones que le brinda el Estado receptor”, indicó que dichas expectativas:

“Están fundamentadas en las condiciones ofrecidas por el Estado receptor para el momento de la inversión; no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; tienen una existencia real, por lo que son exigibles; su incumplimiento por parte del Estado receptor hace nacer en él la obligación de indemnizar los daños causados por tal incumplimiento, salvo aquéllos producidos durante estados de necesidad; sin embargo, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria”<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador*, CIADI, Caso n°. ARB/04/19, laudo de 18 de agosto de 2008, párrafo 340.

<sup>332</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/02/1, decisión de 3 de octubre de 2006 sobre responsabilidad, párrafos 137 y 130.



Y a la luz de las anteriores consideraciones define el estándar de trato justo y equitativo en los siguientes términos:

“Consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero”<sup>333</sup>.

La anterior definición entronca con la idea de la estabilidad del marco legal y comercial del Estado huésped de la inversión como “elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo”, interpretación que el tribunal reputa como “estándar emergente de trato justo y equitativo en el Derecho internacional”<sup>334</sup>.

Dicho “elemento emergente” del estándar de trato justo y equitativo ha sido acogido igualmente en otros muchos pronunciamientos arbitrales.

Así, ya en el asunto *Occidental c. Ecuador* se había afirmado por el tribunal arbitral que “la estabilidad del marco legal y de negocios es [...] un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo”<sup>335</sup> e, incluso, que “existe una obligación de no alterar al ambiente legal y de negocios en el cual se ha realizado la inversión”<sup>336</sup>, determinando la alteración de dicho “ambiente” una quiebra de la obligación que el Estado receptor de la inversión exterior tiene de dispensar un trato justo y equitativo a la misma.

Sin perjuicio de la anterior afirmación, no puede hablarse de que la invariabilidad o continuidad del marco legal y comercial existente al tiempo en que se haya realizado la inversión exterior se haya consolidado como elemento que en todo caso forma parte del estándar de trato justo y equitativo.

La dinámica entre la protección de las expectativas legítimas y razonables del inversor y la asunción por el mismo del riesgo regulatorio se aborda de una manera más exhaustiva y rigurosa en el asunto *Parkerings c. Lituania*, en el que el tribunal arbitral señala, primero, que para que la expectativa de un inversor extranjero pueda reputarse legítima es necesario que exista algún tipo de promesa o de garantía por el Estado huésped

---

<sup>333</sup> *Ibid.* Parágrafo 131.

<sup>334</sup> *Ibid.* Parágrafo 125.

<sup>335</sup> *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, LCIA, caso n°. UN 3467, laudo de 1 de julio de 2004, parágrafo 183.

<sup>336</sup> *Ibid.* Parágrafo 191.

de la inversión, debiendo analizarse en otro caso las circunstancias que rodearon la inversión y la conducta de dicho Estado al tiempo de la misma:

*“The expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or if implicitly, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate. In order to determine the legitimate expectation of an investor, it is also necessary to analyse the conduct of the State at the time of the investment”*<sup>337</sup>.

En todo caso, el tribunal arbitral reconoce el derecho soberano del Estado huésped de la inversión a modificar el marco regulatorio aplicable a la misma, debiendo afectar el ejercicio de dicho derecho a cualquier inversor extranjero con el que nada se haya pactado específicamente (p.ej. el otorgamiento de una cláusula de estabilización) salvo que el mismo resulte injusto, irrazonable o inequitativo:

*“It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power”*<sup>338</sup>.

Sin perjuicio del expresado derecho del Estado a aprobar, modificar o derogar una determinada norma, el tribunal reconoce el derecho del inversor exterior a una “cierta estabilidad y predictibilidad” del escenario legal y a la protección de sus legítimas expectativas siempre que actúe diligentemente y que dichas expectativas sean razonables en función de las circunstancias concurrentes:

*“In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence*

---

<sup>337</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, CIADI, caso n°. ARB/05/8, laudo de 11 de septiembre de 2007, párrafo 331.

<sup>338</sup> *Ibid*, párrafo 332.

*and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment*<sup>339</sup>.

Consiguientemente, la “alteración radical del marco jurídico” existente al tiempo en que el inversor extranjero realiza su inversión puede implicar la violación del estándar de trato justo y equitativo.

En el anterior sentido, en el asunto *BG c. Argentina* el tribunal arbitral concluyó que dicho país “*entirely altered the legal and business environment by taking a series of radical measures (...) In so doing, Argentina violated the principles of stability and predictability inherent to the standard of fair and equitable treatment*”<sup>340</sup>.

Es indiferente si la alteración se realiza en un único acto o como consecuencia de la adopción de un conjunto de medidas.

En efecto, como señala el tribunal arbitral en el asunto *El Paso c. Argentina*:

“No se puede negar que en el caso planteado ante el Tribunal el efecto acumulativo de las medidas constituyó una absoluta alteración del entramado jurídico para las inversiones extranjeras, y que todos los elementos y garantías mencionados anteriormente se pueden analizar como compromiso especial de la Argentina en el sentido de que no se produciría ninguna modificación de este tipo. Tal como lo manifestó el tribunal del caso LG&E, al evaluar los mismos hechos: ‘en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas’<sup>341</sup>.

En el mismo sentido, en el asunto *PSEG Global c. Turquía* el tribunal arbitral entendió que los cambios continuos del marco legal y de negocios pueden provocar una quiebra del estándar de trato justo y equitativo en cuanto comprensivo de un derecho a la estabilidad regulatoria:

*“Stability cannot exist in a situation where the law kept changing continuously and endlessly, as did its interpretation and implementation (...), the issue is that the longer term outlook must not be altered in such a way that*

---

<sup>339</sup> *Ibid*, párrafo 333.

<sup>340</sup> *BG Group Plc. c. Argentina*, UNCITRAL, laudo de 24 de diciembre de 2007, párrafo 307.

<sup>341</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/03/15, párrafo 517.

*will end up being no outlook at all. In this case, it was not only the law that kept changing but notably the attitudes and policies of the administration”<sup>342</sup>.*

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la modificación del marco regulatorio puede comprender la supresión de los programas de apoyo a la inversión exterior que hayan podido aprobarse específicamente por el Estado receptor de la misma, pudiendo dicha supresión, con arreglo a lo expresado anteriormente, determinar una infracción del estándar de trato justo y equitativo.

En el anterior sentido en el asunto *Micula c. Rumanía* el tribunal arbitral analizó un caso en el que el Estado huésped revocó un determinado programa de incentivos fiscales y consideró que dicha conducta violó las expectativas legítimas del inversor de que dicho programa se mantuviera en el tiempo.

Respecto de dichas expectativas legítimas el tribunal afirma que el estándar de trato justo y equitativo no constituye una garantía de que la regulación se mantendrá inalterada, de forma que el Estado receptor de la inversión puede modificar la legislación aplicable a la misma siempre que actúe adecuadamente tanto desde el punto de vista material (de forma no arbitraria ni discriminatoria) como formal (respetando las garantías que dimanen para el inversor del derecho al debido proceso y de los principios de buena administración), tomando en consideración las expectativas legítimas de los inversores:

*“The fair and equitable treatment obligation is not an unqualified guarantee that regulations will never change. Investors must expect that the legislation will change from time to time, absent a stabilization clause or other specific assurances giving rise to a legitimate expectation of stabilization. The BIT’s protection of the stability of the legal and business environment cannot be interpreted as the equivalent of a stabilization clause. In the Tribunal’s view, the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that: (i) an investor’s legitimate expectations must be protected; (ii) the state’s conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary or discriminatory); and (iii) the state’s conduct must be procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration). If a change in legislation fails to meet these requirements,*

---

<sup>342</sup> PSEG Global, Inc., *The North American Coal Corporation*, y *Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquía*, Caso CIADI, nº. ARB/02/5, laudo de 19 de enero de 2007, parágrafo 254.

*while the legislation may be validly amended as a matter of domestic law, the state may incur international liability*”<sup>343</sup>.

En el indicado asunto el tribunal trató de arrojar algo de luz acerca de la relevante cuestión de qué parte debe soportar el riesgo asociado al cambio regulatorio (*who bore the risk of regulatory change*), si el Estado huésped de la inversión exterior o el inversor extranjero beneficiado por el régimen regulatorio existente (o perjudicado por su cambio).

En el anterior sentido y tras afirmar que el estándar de trato justo y equitativo no hace nacer en el inversor extranjero un derecho a la estabilidad regulatoria -de forma que el Estado mantiene su potestad de regular y el inversor el deber de, en ausencia de una cláusula de estabilización o de otra garantía otorgada por el mismo que pueda hacer nacer en él una expectativa legítima de estabilidad, asumir que la legislación puede cambiar-, debe analizarse la posible violación de las expectativas legítimas y razonables de los inversores.

A tal efecto, el tribunal, citando a DOLZER y SCHREUER<sup>344</sup>, entiende que la protección de las expectativas legítimas y razonables está en la actualidad firmemente enraizada en la práctica arbitral, que mayoritariamente considera que en los casos en los que el inversor extranjero ha adquirido derechos o en los que el Estado ha hecho nacer con su actuación una expectativa legítima en el mismo, de forma que éste ha confiado en dicha actuación a la hora de ejecutar su inversión, las conductas estatales que reviertan o destruyan dichas expectativas son contrarias al estándar de trato justo y equitativo y hacen nacer el derecho a una compensación:

*“Where the investor has acquired rights, or where the state has acted in such a way so as to generate a legitimate expectation in the investor and that investor has relied on that expectation to make its investment, action by the state that reverses or destroys those legitimate expectations will be in breach of the fair and equitable treatment standard and thus give rise to compensation”*<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía*, CIADI, caso n°. ARB/05/20, laudo de 11 de diciembre de 2013, parágrafo 529.

<sup>344</sup> DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pág. 134.

<sup>345</sup> *Micula c. Rumanía*, parágrafo 667.

Para que la infracción del estándar de trato justo y equitativo tenga lugar es necesario que el inversor demandante acredite que el órgano competente del Estado receptor de la inversión, explícita o implícitamente, le hizo una promesa o le garantizó algo razonable y que se basó en dicha “promesa o garantía” a la hora de acometer su inversión.

Si la promesa no se contiene en un contrato o de alguna otra forma se exterioriza explícitamente, lo fundamental es determinar si el Estado, a través de sus declaraciones o de sus conductas, ha contribuido a crear una expectativa razonable como pueda serlo, por ejemplo, la estabilidad regulatoria.

Y señala, con cita del asunto *Duke Energy c. Ecuador*, que la expectativa relativa a la estabilidad regulatoria constituye un importante elemento del estándar de trato justo y equitativo, debiendo la misma ser específica y razonable, surgir de las condiciones ofertadas por el Estado y haber sido determinante de la inversión, siendo preciso tomar en consideración todas las circunstancias, incluidas tanto las que hayan podido rodear la inversión como las condiciones políticas, socio económicas, culturales e históricas prevalentes en el Estado huésped:

*“The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest.*

*This promise, assurance or representation may have been issued generally or specifically, but it must have created a specific and reasonable expectation in the investor (...), that expectation must be a determining factor in an investor’s decision to invest, or in the manner or magnitude of its investments”<sup>346</sup>.*

En cuanto al carácter legítimo de la expectativa de estabilidad regulatoria, se debe partir de la presunción de que, salvo que se haya asegurado otra cosa por medio de un contrato u otra garantía explícita, no puede esperarse que el Estado huésped de la inversión vaya a congelar sus leyes y sus regulaciones.

---

<sup>346</sup> *Ibíd.*, párrafos 670 y 671.

*“When the alleged legitimate expectation is one of regulatory stability, the reasonableness of the expectation must take into account the underlying presumption that, absent an assurance to the contrary, a state cannot be expected to freeze its laws and regulations”<sup>347</sup>.*

Y, con referencia al asunto *Saluka*, el tribunal arbitral del asunto *Micula* concluye afirmando que para determinar la medida en que la frustración de las legítimas expectativas de los inversores extranjeros es justificada y razonable, ha de tomarse en consideración el derecho del Estado huésped a regular los asuntos domésticos en beneficio del interés general:

*“No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host state’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well”<sup>348</sup>.*

En el asunto *Suez c. Argentina* el tribunal insiste en que para valorar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros ha de tenerse particularmente en cuenta su creación por los Estados huéspedes mediante la aprobación de marcos regulatorios específicos que determinan el sentido de las inversiones, siendo su repentina modificación lo que resulta contrario al estándar de trato justo y equitativo:

*“[T]hat investors, deriving their expectations from the laws and regulations adopted by the host country, acted in reliance upon those laws and regulations and changed their economic position as a result. Thus it was not the investor’s legitimate expectations alone that led tribunals to find a denial of fair and equitable treatment. It was the existence of such expectations created by host country laws, coupled with the act of investing their capital in reliance on them, and a subsequent, sudden change in those laws that led to a determination that the host country had not treated the investors fair and equitably”<sup>349</sup>.*

Dichas expectativas, se señala en el laudo, no han de analizarse desde la perspectiva subjetiva del concreto inversor sino desde un punto de vista “objetivo y razonable”, dando respuesta a la pregunta de cuáles habrían sido las expectativas legítimas y razonables de

---

<sup>347</sup> *Ibid.*, parágrafo 673.

<sup>348</sup> *Ibid.*

<sup>349</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010, parágrafo 226.

un “inversor tipo” que hubiera estado en la posición del inversor real al tiempo en que hizo la concreta inversión y a la vista del marco legal y de la historia del Estado huésped de la inversión y de sus circunstancias políticas, económicas y sociales<sup>350</sup>.

La relación entre la protección que debe dispensarse al inversor extranjero con fundamento en el estándar de trato justo y equitativo y la facultad de los Estados huéspedes de regular para proteger el interés general es una constante en los pronunciamientos más recientes de los tribunales arbitrales a los que se encomienda la solución de las controversias entre inversores y Estados.

Así, en el asunto *Blusun c. Italia*, el tribunal arbitral ha tenido ocasión de recordar que al aplicar el indicado estándar no puede obviarse el poder que corresponde al Estado huésped de la inversión de modificar sus leyes y reglamentos de forma que puedan responder a las necesidades cambiantes, respetando siempre los compromisos asumidos con carácter específico frente a los inversores extranjeros, no existiendo obligación para los mismos, en ausencia de dichos compromisos, de otorgar ayudas o de mantener inmodificadas las ya concedidas, aunque si modifica aquellas que sean conformes con el ordenamiento jurídico lo ha de hacer de manera proporcionada a los objetivos perseguidos con el cambio regulatorio, y tomando en consideración la confianza y los intereses razonables de sus beneficiarios, que pueden haber comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior:

*“That standard preserves the regulatory authority of the host state to make and change its laws and regulations to adapt to changing needs, including fiscal needs, subject to respect for specific commitments made. (5) In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime”*<sup>351</sup>.

En el asunto *El Paso c. Argentina* se insiste en la idea de que la expectativa de estabilidad regulatoria no puede identificarse con un compromiso de congelación del

---

<sup>350</sup> *Ibid*, parágrafo 228.

<sup>351</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. Italia*, CIADI, caso n°. ARB/14/3, laudo de 27 de diciembre de 2016, parágrafo 319.



ordenamiento jurídico, debiendo tener los cambios regulatorios una justificación económica, social o de otra índole. Concretamente, el tribunal arbitral afirma que:

“De conformidad con una cláusula de trato justo y equitativo, el inversor extranjero puede esperar que no se modifiquen las normas sin justificación económica, social o de otra índole. Por el contrario, es impensable que un Estado pueda asumir un compromiso general frente a todos los inversores extranjeros de no modificar jamás sus leyes independientemente de las circunstancias, y sería irrazonable que un inversor confiara en un congelamiento tal. Ésta fue también la conclusión del tribunal del caso Continental:

“...un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen, o, aún más, si se atara las manos a través de una estipulación de ese género para el caso de que se produjera un tipo de crisis de cualquier género u origen. Inferir esa estabilidad a partir del Preámbulo del TBI sería contrario a una interpretación eficaz del Tratado; estaría fuera de lugar y, de hecho, no sería razonable, que un inversionista extranjero se basara en esa inferencia”<sup>352</sup>.

Y en el reciente asunto *Philip Morris c. Uruguay*, se insiste en la idea de que las expectativas legítimas dependen de la existencia de compromisos específicos realizados por el Estado para inducir al inversor extranjero a realizar una inversión en su territorio, sin que las disposiciones legales aplicables con carácter general puedan determinar el nacimiento de la expectativa legítima de que no se producirán cambios legales:

“Se desprende claramente del análisis del estándar de TJE realizado por tribunales en casos de inversión, que las expectativas legítimas dependen de compromisos y declaraciones de naturaleza específica del Estado receptor, expresadas para inducir a los inversores a realizar inversiones. Las disposiciones de legislación general aplicables a una pluralidad de personas, o de categorías de personas, no crean expectativas legítimas de que no habrá cambios en la legislación”<sup>353</sup>.

La evolución más reciente de la interpretación del estándar de trato justo y equitativo está contenida, en muy buena medida, en los laudos arbitrales dictados en los procedimientos seguidos frente al Reino de España por razón de la modificación del

---

<sup>352</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/03/15, laudo de 31 de octubre de 2011, parágrafo 371.

<sup>353</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIADI, caso n°. ARB/10/7 (previamente *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*), laudo de 8 de julio de 2016, parágrafo 426.

marco regulador de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, laudos cuyo análisis se hace posteriormente.

*v.- Otros elementos comprendidos dentro del estándar de trato justo y equitativo.*

El estándar de trato justo y equitativo, además de proteger las expectativas legítimas y razonables de los inversores extranjeros frente a los cambios regulatorios que puedan afectar negativamente a sus inversiones (elemento que, en la actualidad, constituye el núcleo del estándar), protege igualmente a aquéllos frente a la ausencia de tutela judicial (*denial of justice*) o de proceso debido (*due process*), la arbitrariedad manifiesta, la discriminación o el tratamiento totalmente abusivo por los poderes públicos.

La protección frente a la ausencia de tutela judicial (*denial of justice*) o la falta de proceso debido (*due process of law*) suele venir referida al ejercicio de la función judicial, si bien existen tratados que extienden dicha garantía a otro tipo de procedimientos (p.ej. procedimientos administrativos<sup>354</sup>).

Se entiende que son contrarios a dicha garantía la denegación de acceso a la jurisdicción, los retrasos irrazonables en la obtención del correspondiente pronunciamiento o la quiebra de las garantías del proceso siempre que, lógicamente, se hayan agotado las vías de recurso contempladas en el ordenamiento interno.

La protección frente a la arbitrariedad manifiesta que resulta del estándar de trato justo y equitativo no permite enjuiciar la corrección de una determinada decisión sino la existencia o inexistencia en la misma de una finalidad legítima (de forma que si la misma existe la medida no puede reputarse arbitraria, lo que no obsta a que pueda resultar contraria al estándar de trato justo y equitativo por otro motivo), vetándose con arreglo al mismo aquellas medidas basadas en prejuicios que, careciendo de una explicación razonable, irrogan daños al inversor.

Como se expresa en el asunto *Enron c. Argentina*:

---

<sup>354</sup> El art. 8.10.2.b) del acuerdo CETA considera que se incumple la obligación de dispensar un trato justo y equitativo en caso de “*incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos*”.

*“The measures adopted might have been good or bad, a matter which is not for the Tribunal to judge, and as concluded they were not consistent with the domestic and the Treaty legal framework, but they were not arbitrary in that they were what the Government believed and understood was the best response to the unfolding crisis. Irrespective of the question of intention, a finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety is manifest, and this is not found in a process which although far from desirable is nonetheless not entirely surprising in the context it took place”<sup>355</sup>.*

En cuanto a la prohibición de dispensar al inversor extranjero un trato discriminatorio con fundamento en el estándar de trato justo y equitativo, la misma no tiene que ver con la discriminación que pueda llegar a existir con respecto al tratamiento que se dispense en el Estado huésped de la inversión al inversor nacional o al inversor de un tercer Estado (suponiendo que dicho tratamiento discriminatorio no esté vetado como consecuencia de la previsión en el correspondiente tratado de la cláusula de trato nacional o de la nación más favorecida) sino que se refiere a motivos de discriminación injustos como puedan serlo la raza, el sexo, la religión o las ideas políticas.

Por último y en cuanto a la prohibición de dispensar al inversor extranjero un trato abusivo, el mismo incluye en su seno la de las coacciones, acosos y amenazas, es decir, la de un gran número de conductas como detenciones y arrestos, la imposición o decreto de sanciones o embargos y, en general, cualquier acción u omisión que interfiera con la llevanza ordinaria de los negocios de aquél o que directamente la impida, siempre que, obviamente, dichas medidas no estén fundamentadas en el ordenamiento jurídico vigente en el Estado huésped de la inversión. Así, en algunos asuntos se ha llegado a hablar de “conspiración deliberada” para la destrucción de la inversión<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/3, laudo de 22 de mayo de 2007, parágrafo 281.

<sup>356</sup> *Waste Management c. Mexico*, laudo de 30 de abril de 2004, parágrafo 138.

#### 5.4. Excepciones a la protección de las inversiones exteriores.

La protección de los derechos de los inversores extranjeros debe compatibilizarse con la que debe dispensarse a otros derechos, particularmente, a los derechos humanos, y con la facultad de los Estados huéspedes de regular en beneficio del interés general en ámbitos diversos como la salud, al empleo, el medio ambiente o la cultura.

La mera existencia de acuerdos internacionales de protección de las inversiones exteriores y, particularmente, la de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados basados en el recurso al arbitraje ha suscitado en el pasado y sigue suscitando en la actualidad una gran controversia jurídica, política y social.

Así, existe una corriente de opinión en el ámbito de la ONU que entiende que es necesario reformar el Derecho internacional de inversiones a fin de asegurar que el mismo beneficie a todos los interesados, toda vez que el sistema actual reduce el espacio del que dispone el Estado para legislar en beneficio del interés general o, incluso, produce su parálisis y la congelación normativa, y permite violaciones de los derechos humanos al no obligar a los árbitros a aplicar prioritariamente los instrumentos internacionales de protección de dichos derechos<sup>357</sup>.

Se ha llegado a afirmar, incluso, que “los acuerdos internacionales de inversión usurpan funciones del Estado como si los únicos derechos existentes fueran los derechos a hacer negocios y a invertir”<sup>358</sup> y que el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados “socava el Estado de derecho” y “ha cambiado de un escudo de protección contra el comportamiento presuntamente injusto de los Estados a un arma táctica para demorar, debilitar e impedir una regulación”<sup>359</sup>, sugiriéndose una “transacción razonable que permita la inversión extranjera directa al mismo tiempo que se garantice la protección de los derechos humanos, como se reconoce en los Principios

---

<sup>357</sup> Vid. DE ZAYAS, A.M., *Cuarto informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo* Doc. A/70/285, presentado en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, págs. 3 y ss. Dicho documento puede consultarse en [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/70/285&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&Lang=S) (a. 1/6/2021); DE ZAYAS, A.M., *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo* Doc. A/HRC/30/44, presentado en el trigésimo período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, págs. 4 y ss.;

<sup>358</sup> Vid. DE ZAYAS, A.M., *Informe del Experto ... Op. cit.*, pág. 20.

<sup>359</sup> DE ZAYAS, A.M., *Cuarto informe ... Op. cit.* págs. 20 y 22.

Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”<sup>360</sup> y que permita a los Estados “aplicar las políticas industriales y macroeconómicas necesarias” y “blindarse contra el riesgo de tener que compensar a los inversores extranjeros como consecuencia de la adopción de las necesarias medidas o políticas fiscales, financieras y de resolución de la deuda diseñadas para responder a cambios en las circunstancias como los que representan las crisis financieras, los nuevos descubrimientos científicos o la demanda pública de leyes de aplicación general”<sup>361</sup>.

En el mismo sentido y en el ámbito norteamericano se afirmó que el capítulo XI del acuerdo NAFTA ponía en entredicho la soberanía de los Estados, incluida la capacidad de los mismos de atender las prioridades políticas internas sin restricciones provenientes de estructuras o requisitos de autoridades externas<sup>362</sup> o que constituía un paso más hacia la renuncia por los Estados de parte de su soberanía a favor de un régimen regional de comercio que funciona como una suerte de constitución regional<sup>363</sup>.

De manera más específica, se ha afirmado que el régimen de protección de las inversiones exteriores contemplado en el indicado capítulo ponía en entredicho la capacidad de los Estados de proteger el medioambiente<sup>364</sup>.

La preocupación por la protección de los derechos humanos se ha puesto de manifiesto asimismo en el ámbito de la UE que, desde comienzos de la década de los noventa del pasado siglo, viene incluyendo en los acuerdos comerciales que celebra una cláusula por cuya virtud los Estados parte se obligan a respetar las obligaciones en dicha materia y los principios democráticos<sup>365</sup>.

---

<sup>360</sup> Vid. DE ZAYAS, A.M., *Informe del Experto ... Op. cit.*, pág. 5.

<sup>361</sup> *Ibid.*, pág. 23.

<sup>362</sup> TOLLEFSON, C. (2002), “Games Without Frontiers: Investor Claims and Citizen Submissions Under the NAFTA Regime”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, pág. 143 <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol27/iss1/6> (a. 1/6/2021).

<sup>363</sup> STARNER, G.M. (2002) “Taking a Constitutional Look: NAFTA Chapter 11 as an Extension of Member States' Constitutional Protection of Property”, *Law and Policy in International Business*, 33, Vol. 2, Georgetown University Law Center, pág. 405

<sup>364</sup> MANN H. y VON MOLTKE, K. (1999), *NAFTA's Chapter 11 and the Environment. Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, International Centre for Sustainable Development, pág. 60. En el mismo sentido, FERRETTI, J. (2002), “NAFTA and the Environment: An Update”, *Canada-US Law Journal*, Vol. 28, pág. 81 <https://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol28/iss/17/> (a. 1/6/2021).

<sup>365</sup> BARTELS, L. (2017), “Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA”, en VRANES E. et al, *Mega-Regional Agreements: TTIP, CETA, TiSA. New Orientations for EU External*

A continuación, se analizan algunos de los ámbitos más característicos en los que opera con mayor intensidad la potestad para regular en beneficio del interés general que corresponde a los Estados, así como la relación entre el Derecho internacional de inversiones y los sistemas de protección de los derechos humanos.

*a) Establecimiento de tributos*

La protección que puedan dispensar a los inversores extranjeros los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados receptores de dichas inversiones a modificar los tributos existentes al tiempo de su realización o, incluso, a establecer con posterioridad otros nuevos.

Precisamente, la mayor parte de dichos acuerdos excluyen expresamente de su ámbito objetivo de aplicación la “materia tributaria”.

Así, por ejemplo, el acuerdo celebrado entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y la protección recíproca de inversiones de 31 de marzo de 2005 establece en su art. 11.3 que:

“Las disposiciones de este Acuerdo no se aplicarán a asuntos tributarios”.

Por su parte, el art. 21.1 del TCE dispone que:

“A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes. En caso de que hubiese incompatibilidad entre el presente artículo y cualquier otra disposición del Tratado, prevalecerá lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que haya incompatibilidad”.

La práctica arbitral ha analizado el alcance de la exclusión de la materia tributaria en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio, atendidos la obligación que puede corresponder a los Estados huéspedes de la inversión exterior de dispensar a los

---

*Economic Relations*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 13/2017. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2912856](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912856) (a. 1/6/2021).

inversores extranjeros un trato justo y equitativo y, en general, el deber de actuar de buena fe contemplado en el Derecho internacional consuetudinario, considerando que únicamente los tributos establecidos de buena fe y en los que la finalidad perseguida tenga un indudable carácter tributario pueden ampararse en la misma.

En principio, los Estados disponen de un margen muy amplio para establecer medidas tributarias sin violentar los estándares internacionales de protección de las inversiones exteriores.

En el anterior sentido, señala el tribunal arbitral del asunto *Rosinvest Co. c. Federación Rusa* que:

*“States have a wide latitude in imposing and enforcing taxation laws even if resulting in substantial deprivation without compensation”*<sup>366</sup>.

En todo caso, resulta necesario diferenciar el establecimiento de medidas verdaderamente tributarias de la utilización formal de la potestad tributaria con finalidades espurias y con la finalidad de eludir la responsabilidad internacional.

En relación con lo anterior se ha indicado que:

*“Yet there is a world of difference between incidental detriment, even of a substantial nature, and purposeful dispossession. It is no answer for a state to say that its courts have used the word "taxation"- any more than the word "bankruptcy" - in describing judgments by which they effect the dispossession of foreign investors.*

*If that were enough, investment protection through international law would likely become an illusion, as states would quickly learn to avoid responsibility by dressing up all adverse measures, perhaps expropriation first of all, as taxation. When agreeing to the jurisdiction of international tribunals, states perforce accept that those jurisdictions will exercise their judgment, and not be stumped by the use of labels”*<sup>367</sup>.

Y así, para que pueda entenderse que una medida tributaria ha sido establecida de mala fe los tribunales exigen acciones extremas y finalidades en absoluto relacionadas

---

<sup>366</sup> *RosInvestCo Uk Ltd c. Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”), caso N°. V079/2005, laudo de 12 de septiembre de 2010, parágrafo 580.

<sup>367</sup> *Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Federación Rusa*, laudo de 20 de julio de 2012, parágrafo 179.

con la que usualmente debe perseguir aquélla (la obtención de recursos para la satisfacción de las necesidades generales).

En el anterior sentido, en el asunto *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa* se señala que:

*"In any event, the carve-out of Article 21(1) can apply only to bona fide taxation actions, i.e. actions that are motivated by the purpose of raising general revenue for the State. By contrast, actions that are taken only under the guise of taxation, but in reality aim to achieve an entirely unrelated purpose (such as the destruction of a company or the elimination of a political opponent) cannot qualify for exemption from the protection standards of the ECT under the taxation carve-out of Article 21(1)"*<sup>368</sup>.

De todo lo anterior resulta que los Estados huéspedes tienen derecho a establecer nuevos tributos o a modificar los tributos existentes al tiempo de ejecutarse las mismas siempre que ejerciten su potestad tributaria con arreglo a su finalidad intrínseca y de forma no discriminatoria.

De no observarse las anteriores exigencias el ejercicio de la potestad tributaria puede traducirse en la expropiación indirecta de una inversión o en la infracción del deber de dispensar al inversor extranjero un trato justo y equitativo.

*b) Protección de los derechos humanos.*

Los derechos humanos tienen carácter universal estando todos los Estados obligados a protegerlos, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

El Derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de los Estados de adoptar ciertas medidas o abstenerse de actuar de una determinada forma para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos (como, por ejemplo, los pueblos indígenas o las minorías).

---

<sup>368</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, PCA caso n° AA 227, laudo de 18 de julio de 2014, parágrafo 1407.



Al margen de la protección de los derechos humanos en el plano nacional, su codificación por el Derecho internacional tuvo lugar a partir de 1948 tanto a escala universal como regional.

En el primero de los ámbitos (universal), destacan instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>369</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>370</sup> y sus Protocolos facultativos (que establecen procedimientos de comunicación, denuncia e investigación, o bien, desarrollan aspectos particulares de los expresados Pactos).

Aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos no tiene la condición de acuerdo o tratado internacional, la misma, en muy buena medida, forma parte del Derecho internacional consuetudinario y es el fundamento último del resto de los tratados internacionales en la materia.

Su art. 30 establece que *“nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, es un tratado internacional abierto a la ratificación de cualquier Estado, estableciendo órganos de vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios.

El mismo reconoce, entre otros, el derecho al trabajo y a la libre elección de empleo (art. 6), el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), el derecho a la vida familiar (art. 10), el derecho a un nivel de vida adecuado y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11) o el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluida la mejora del medio ambiente (art. 12).

---

<sup>369</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

<sup>370</sup> Ambos pactos fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976.

Dicho Pacto se fundamenta en el principio de “realización progresiva” de los derechos que contempla por los Estados parte, debiendo los mismos destinar para ello todos los “recursos disponibles”. Su art. 2.1 dispone a tal efecto lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Además de los derechos humanos individuales, lo hay de carácter colectivo (correspondiendo su titularidad a determinadas colectividades).

Es el caso, por ejemplo, de los derechos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>371</sup> y entre los que se encuentran el derecho de dichos pueblos a las tierras, a los territorios y a los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido de otro modo, así como el derecho a poseer, utilizar, explotar y controlar dichos recursos (p.ej. art. 8, 25, 26, 29 y 32), derechos que tienen como contrapartida diversos deberes de los Estados en los que dichos pueblos habitan<sup>372</sup>.

En el segundo de los ámbitos (regional), es de particular relevancia tanto el sistema europeo de protección de los derechos humanos (articulado en torno a la CEDH<sup>373</sup> y sus Protocolos Adicionales) como el sistema interamericano (que aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>374</sup>) y, en menor medida, el sistema africano (basado

---

<sup>371</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU de 13 de septiembre de 2007 mediante resolución A/RES/61/295.

<sup>372</sup> Vid. Informe A/70/301 de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.

<sup>373</sup> El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor en 1953. Sus Protocolos Adicionales han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control inicialmente establecidas.

<sup>374</sup> También conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. De la misma son parte los 26 Estados miembros de la OEA.

en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>375</sup>), a los que ya se ha hecho referencia anteriormente.

Tanto el Derecho internacional de inversiones como los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos son sistemas integrados por normas jurídicas e instituciones que tratan de compensar la inferior posición en la que se encuentran los individuos respecto de los Estados en el plano internacional<sup>376</sup>.

Como han señalado CREMADES y CAIRNS, tanto los instrumentos internacionales que reconocen y protegen los derechos humanos como el Derecho internacional de inversiones comparten una preocupación común por la protección de los extranjeros, reconociendo a los mismos derechos de acción frente a los Estados<sup>377</sup>.

Los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando su conducta respecto de una determinada inversión exterior no se ajusta a lo prescrito en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio. Dicha responsabilidad puede exigirse a través de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados previstos en dichos acuerdos, mecanismos basados de ordinario en el recurso al arbitraje.

Adicionalmente, los Estados también incurren en responsabilidad internacional si violentan los derechos humanos que deben proteger, pudiendo ello producirse con ocasión del ejercicio de su función de regulación como consecuencia de la adopción o la falta de adopción de determinadas medidas. Dicha responsabilidad puede exigirse a través de los sistemas de protección de los derechos humanos, sistemas que, en algunos casos,

---

<sup>375</sup> También conocida como Carta de Banjul, fue auspiciada por la Organización para la Unidad Africana (actual Unión Africana) y suscrita el 27 de julio de 1981, entrando en vigor el 21 de octubre de 1986.

<sup>376</sup> Dicha posición inferior, derivada de la falta de reconocimiento de subjetividad internacional, no puede hacer olvidar el poder y la capacidad de influencia que tienen las “empresas transnacionales”, al menos si se compara con el de las personas físicas. Vid. BACK, C. (2019), “Las empresas transnacionales en el sistema internacional post-colonial”, en ROCHA HERRERA C.M., QUESADA ALCALÁ C. y URUEÑA SÁNCHEZ, M.I. (Coords.), *Actores internacionales contemporáneos: Normatividad y Poder en las Relaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, págs. 323 y ss.; URBANEJA CILLÁN, J. (Coord) y DÍAZ BARRADO C.M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN J.M., PEREIRA COUTINHO, F. (Dirs.) (2019) *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch.

<sup>377</sup> CREMADES, B.M. y CAIRNS, D.J.A (2002), “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pág. 22.

permiten a los individuos perjudicados interponer un recurso ante un órgano jurisdiccional especializado (p.ej. el TEDH o la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

De lo anterior resulta que el Derecho internacional de inversiones y los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos pueden entrar en conflicto<sup>378</sup>.

Así, la protección que puedan dispensar a los inversores extranjeros los Estados huéspedes o, llegado el caso, los tribunales arbitrales encargados de resolver las controversias entre inversores y Estados por razón de la expropiación de una inversión o de la aplicación a la misma de estándares como el de trato justo y equitativo puede llevar asociada la violación de determinados derechos humanos individuales o colectivos.

Y viceversa, la adopción por dichos Estados de regulaciones destinadas a la protección de derechos humanos puede llegar a entenderse que constituye una expropiación o que violenta la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones exteriores realizadas con anterioridad.

Los tribunales arbitrales han entendido que el anterior es un falso dilema y que los Estados deben garantizar la protección tanto de los derechos humanos como de las inversiones exteriores.

En este sentido, en el asunto *Suez c. Argentina*, se analizó la adopción por las autoridades de dicho país durante la crisis de 2000-2001 de ciertas medidas que incidían notablemente sobre un contrato de concesión relativo al ciclo integral del agua previamente celebrado con un inversor extranjero y, por ende, la posible infracción de la obligación de dispensar al mismo un trato justo y equitativo en relación con la inversión efectuada al amparo de los correspondientes acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores. Dichas autoridades entendieron que la adopción de las medidas estaba amparada en el cumplimiento por las mismas de las obligaciones internacionales y constitucionales en materia de protección de los derechos humanos y,

---

<sup>378</sup> Vid. ERIKSON, L.P. (2009) *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión, Derechos y Democracia* (Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático). Puede consultarse en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf> (a. 1/6/2021).

concretamente, en el cumplimiento de su obligación de proteger el “derecho al agua”<sup>379</sup>, de forma que no podía entenderse cometida infracción alguna de los expresados acuerdos.

El tribunal arbitral que conoció dicho asunto afirmó, sin embargo, que tanto las obligaciones dimanantes de los instrumentos de protección de los derechos humanos como las asumidas en virtud de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores son compatibles y han de ser cumplidas:

*“Argentina and the amicus curiae submissions received by the Tribunal suggest that Argentina’s human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and that the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina’s human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as discussed above, Argentina could have respected both types of obligations”*<sup>380</sup>.

Y es que como señala el tribunal del asunto *Phoenix c. República Checa*:

*“[N]obody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs”*<sup>381</sup>.

Las inversiones exteriores y su protección deben respetar, sin embargo, no solo las “reglas más esenciales de protección de los derechos humanos” (los “derechos humanos”

---

<sup>379</sup> Sobre el derecho al agua como derecho humano, vid. ECHAIDE, J. (2018), “El derecho humano al agua y las inversiones extranjeras: reflexiones en torno a responsabilidades concurrentes en el derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 68, n.º. 272, 1, págs. 325-350; ECHAIDE, J. (2017), “Condicionantes sistémicos para un concreto ejercicio del derecho humano al agua: un análisis del caso de “Suez v. Argentina” ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, *Agua y Territorio*, n.º. 10 (Ejemplar dedicado a: Política pública y gestión del agua y saneamiento en Argentina), págs. 72-88; EMBID IRUJO, A. (2007), “Derecho al agua” en EMBID IRUJO, A. (Coord.) *Diccionario de derecho de aguas*, págs. 549-568; MENÉNDEZ REXACH, A. (2012), “El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua”, en ESPÓSITO MASSICCI, C. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (Coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, (Ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales), págs. 187-202.

<sup>380</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, CIADI, caso n.º. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010, parágrafo 262.

<sup>381</sup> *Phoenix c. República Checa*, CIADI caso n.º ARB/06/5, laudo de 19 de abril de 2009, parágrafo 77.

fundamentales”, según expresión utilizada en el asunto *CMS c. Argentina*<sup>382</sup>) sino cualesquiera obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos por el Estado huésped.

Al margen de los ejemplos de violaciones extremas de los derechos humanos a los que se refiere el asunto *Phoenix c. República Checa*, los conflictos entre la protección de las inversiones exteriores y la de los derechos humanos suelen surgir como consecuencia de la necesidad de proteger derechos plasmados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, atendida la obligación de los Estados de garantizar su “realización progresiva”.

La protección de una parte importante de los derechos humanos -particularmente, de los de carácter económico, social o cultural- está, por lo tanto, directamente vinculada a la implantación por los Estados de determinadas políticas públicas (salario mínimo interprofesional, conciliación de la vida laboral y familiar, igualdad de género, protección medioambiental, acceso universal a determinados recursos y servicios esenciales, etc.) que pueden exigir la adaptación de los marcos regulatorios existentes al tiempo de la realización de una determinada inversión por un inversor extranjero o la adopción de determinadas medidas, produciéndose la paradoja de que el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos puede hacer nacer, al mismo tiempo, su responsabilidad internacional en caso de que los tribunales arbitrales que conozcan de la controversia que pueda plantear un inversor extranjero entiendan que no se ha dispensado a las inversiones realizadas por el mismo la protección debida con arreglo al Derecho internacional de inversiones.

En principio, el reconocimiento de la facultad de los Estados huéspedes de adoptar medidas en beneficio del interés general debiera permitir a los mismos cumplir sus obligaciones internacionales en materia de inversiones exteriores haciendo posible el reconocimiento y la efectividad de los derechos humanos en su territorio.

Pero es innegable el impacto de los acuerdos internacionales de promoción y de protección de las inversiones exteriores o de los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio sobre los derechos humanos en ámbitos como la capacidad

---

<sup>382</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, parágrafo 121.

de reglamentación de los Estados, la capacidad de los gobiernos para prestar servicios de salud o relacionados con el agua, la protección medioambiental, la propiedad de la tierra o la erradicación de la pobreza.

Es por ello que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos elaborados en el seno de la ONU<sup>383</sup> obligan a los Estados a “proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas”, a “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”, a “enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades” (principio 1) o a “mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión” (principio 9).

Los anteriores principios, dirigidos a lograr una globalización socialmente sostenible, se fundamentan en el reconocimiento de las “actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales” sin que deba interpretarse que establezcan nuevas obligaciones de Derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos. Las mismas “se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”.

La necesidad de incorporar los debates relativos a la protección de los derechos humanos en las controversias entre inversores y Estados ha llevado a proponer una lectura de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y de los

---

<sup>383</sup> [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf) (a. 1/6/2021). Dichos principios fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), incluyendo una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio que sea “conforme” con la promoción y la protección de los derechos humanos e, incluso, a proponer la eliminación misma del arbitraje como sistema de resolución de dichas controversias<sup>384</sup>.

En todo caso, no puede obviarse que el conflicto que existe entre la protección de los derechos humanos y la protección de la inversión extranjera no deja de ser un conflicto entre diversos derechos humanos, atendida la condición de tal que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos atribuyen al derecho de propiedad<sup>385</sup>.

c) *Adopción de medidas en defensa del interés general.*

En principio, tanto los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio como los laudos que los aplican al caso concreto se asientan sobre el equilibrio que ha de existir entre la protección a que tiene derecho el inversor extranjero y el reconocimiento de la facultad de los Estados huéspedes de adoptar medidas en beneficio del interés general.

En el asunto *Saluka c. República Checa*, el tribunal se refiere al poder del Estado huésped para regular su economía con arreglo al interés general (“*host State’s power to regulate its economic life in the public interest*”<sup>386</sup>) y analiza el ejercicio normal por los

---

<sup>384</sup> Vid. DE ZAYAS, M., *Cuarto informe Op. cit.* pág.. 25. Dicho autor recomienda a los Estados “abolir el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y reemplazarlo con un tribunal internacional en materia de inversiones, la solución de controversias ante la Corte Internacional de Justicia o tribunales nacionales obligados por el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aptdo. 60), “tratar de modificar o terminar los acuerdos internacionales de inversiones ya existentes y abstenerse de concertar acuerdos con disposiciones de arreglo de controversias entre el inversor y el Estado” y, antes de entrar en cualesquiera nuevos acuerdos internacionales de inversión, “velar por que a priori se realicen evaluaciones de los derechos humanos, la salud y el impacto ambiental” y “prever la realización de evaluaciones ex post” (aptdo. 61).

<sup>385</sup> El art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “*toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente*”. Dicho derecho, sin embargo, no se reconoce ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Reconoce igualmente dicho derecho en el art. 1.1 del Protocolo Adicional a la CEDH, que dispone que “*toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional*”.

<sup>386</sup> *Saluka c. República Checa*, parágrafo 219.



Estados receptores de la inversión exterior de sus facultades regulatorias para la consecución de dicho interés, ejercicio que, siempre que no se realice de manera discriminatoria, exime a los mismos de tener que satisfacer indemnización alguna al inversor extranjero. Concretamente, se afirma en el laudo que:

*“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare”*<sup>387</sup>.

También el tribunal del asunto *Parkerings c. Lituania* ha insistido en la importancia de tomar en consideración el innegable derecho del Estado huésped a ejercitar sus poderes legislativos soberanos, si bien de forma razonable, equitativa y justa:

*“It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power”*<sup>388</sup>.

Y como señaló el tribunal arbitral en el asunto *Tecmed c. México*, “es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna”<sup>389</sup>.

El hecho de que la prohibición de las expropiaciones o de las medidas equivalentes a la expropiación que no se ajusten a determinadas exigencias o el reconocimiento del derecho del inversor extranjero a que se dispense a su inversión un trato justo y equitativo se plasman habitualmente de forma poco precisa en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores y en los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio, ha permitido a los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre inversores y Estados hacer una interpretación expansiva y pro inversor de aquella prohibición o del

---

<sup>387</sup> *Saluka c. República Checa*, parágrafo 255.

<sup>388</sup> *Parkerings c. Lituania*, parágrafo 332.

<sup>389</sup> *Tecmed c. México*, parágrafo 119.

indicado estándar, interpretación que, en muchas ocasiones, ha puesto en entredicho el legítimo ejercicio de los poderes regulatorios que corresponden a los Estados huéspedes.

En este sentido, se ha criticado la legitimidad del sistema de resolución de controversias entre inversores extranjeros y Estados instaurado por dichos acuerdos (basado en el recurso al arbitraje) para conocer de políticas públicas<sup>390</sup>, entendiéndose que el mismo puede interferir en el funcionamiento del proceso democrático<sup>391</sup>.

¿Cuándo la actuación de un Estado que incida sobre las inversiones exteriores es legítima en el sentido de deber primar sobre la protección a que puedan tener derecho los inversores extranjeros? ¿Cuándo queda el mismo exento de toda responsabilidad internacional por razón de las medidas que adopte?

Además de la protección del medio ambiente, de la salud pública o de los derechos de los trabajadores, las finalidades que pueden legitimar una actuación estatal con incidencia sobre las inversiones exteriores son potencialmente muy amplias.

Así, por ejemplo, en el asunto *AES c. Hungría* el tribunal arbitral entendió como legítima la modificación por dicho país del sistema de fijación de los precios de la energía eléctrica con fundamento en la consideración de que el sistema previamente vigente permitía obtener a las empresas generadoras un “beneficio excesivo”:

*“Having concluded that Hungary was principally motivated by the politics surrounding so-called luxury profits, the Tribunal nevertheless is of the view that it is a perfectly valid and rational policy objective for a government to address luxury profits. And while such price regimes may not be seen as desirable in certain quarters, this does not mean that such a policy is irrational. One need only recall recent wide-spread concerns about the profitability level of banks to understand that so-called excessive profits may well give rise to legitimate reasons for governments to regulate or re-regulate”*<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Vid., por ejemplo, VAN HARTEN, G. (2008) *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, págs. 17 o 43; o CREMADES, B.M. (2006), “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, en *Business Law International* n° 7, págs. 53 y ss

<sup>391</sup> Vid. SCHNEIDERMAN, D. (2008), *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, pág. 223.

<sup>392</sup> *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömu Kft c. Hungría*, CIADI, Caso n°. ARB/07/22, párrafo 10.3.34.

En todo caso, las finalidades de interés general que los tribunales arbitrales habitualmente entienden que operan como límites de la protección de la inversión extranjera son la protección del medio ambiente, la protección de la salud, la protección del empleo y de las condiciones laborales de los trabajadores y el mantenimiento de la estabilidad económica y social. Las mismas son analizadas en los epígrafes subsiguientes.

#### *i.- La protección del medio ambiente*

La protección del medio ambiente se encuentra en el centro de los debates acerca de la globalización, siendo la regulación medioambiental una fuente constante de conflictos entre inversores extranjeros y Estados<sup>393</sup>.

Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores han ido haciéndose eco progresivamente de la necesidad de reservar a los Estados un espacio en el que poder desarrollar su capacidad regulatoria en materia medioambiental sin incurrir en responsabilidad internacional.

Según una encuesta realizada por la OCDE en 2011, el 4,1% de los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores contenían en sus preámbulos expresiones genéricas relativas a la preocupación de los Estados parte de los mismos por la protección medioambiental; el 5,2% reservaban a dichos Estados un cierto espacio para poder regular aspectos medioambientales y condicionar la aplicación del conjunto de las previsiones contenidas en los tratados; el 1,3% contemplaban dicho espacio aunque únicamente respecto de determinadas previsiones específicas de los mismos; el 0,75% contenían previsiones que impedían demandas por razón de expropiación indirecta respecto de regulaciones medioambientales no discriminatorias; el 3,1% prohibían a los Estados parte relajar los estándares de protección medioambiental con la finalidad de atraer inversiones exteriores; el 1% preveía la necesidad de recabar el asesoramiento de expertos medioambientales por los tribunales arbitrales; y el 1,3%

---

<sup>393</sup> Sobre esta cuestión, vid. HERRERO DE LA FUENTE, A.A., (2001), “Globalización y protección internacional del medio ambiente”, *Anuario de derecho europeo*, n.º. 1, págs. 299-315; PÉREZ ALONSO, E.J., ARANA GARCÍA, E. SERRANO MORENO, J.L. y MERCADO PACHECO, P. (Coords.) (2012), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch.

contenía previsiones relativas a la necesidad de fomentar el fortalecimiento de la regulación medioambiental y la cooperación en la materia<sup>394</sup>.

Ninguno de los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores celebrados por España y objeto de análisis en la referida encuesta incluye referencia alguna a la protección medioambiental, lo que contrasta con la preocupación que a esta cuestión se atribuye en países como Estados Unidos, México y, sobre todo, Canadá<sup>395</sup>.

Los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de nuevo cuño y, con carácter general, los de carácter multilateral muestran una mayor sensibilidad por la protección medioambiental y suelen exceptuar dicha protección cuando de la adopción de medidas medioambientales por los Estados huéspedes se trata.

En el anterior sentido, el art. 18 del TCE, tras reconocer la soberanía estatal y los derechos soberanos de los Estados parte sobre sus recursos energéticos y reiterar que tales derechos “se deben ejercer con arreglo a las disposiciones del Derecho Internacional” (apdo. 1), declara que el Tratado -y, por ende, sus disposiciones sobre protección de inversiones exteriores- “no supondrá en modo alguno menoscabo de las disposiciones de las Partes Contratantes que regulan el régimen de propiedad de los recursos energéticos” (apdo. 2), conservando los Estados en particular el “derecho a regular los aspectos ambientales y de seguridad” relativos a su prospección y explotación (apdo. 3).

La práctica arbitral pone de manifiesto las dificultades para encontrar un punto de equilibrio entre el comercio y la inversión, por una parte, y la protección medioambiental, por otra.

Los mayores esfuerzos por establecer una frontera se han realizado en el ámbito norteamericano.

En el anterior sentido, el art. 1114.1 del acuerdo NAFTA condicionaba la protección que pueda corresponder a los inversores extranjeros con arreglo a lo dispuesto

---

<sup>394</sup> GORDON, K. y J. POHL (2011), “Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjh-en> (a.1/6/2021).

<sup>395</sup> *Ibid.* Pág. 9

en su Capítulo XI a la posible adopción por los Estados huéspedes de medidas dirigidas a proteger el medioambiente:

“1. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

La preocupación del TLCAN por la protección medioambiental lo es no solo en el sentido de facultar a los Estados parte para adoptar medidas de protección medioambiental que puedan incidir negativamente sobre las inversiones realizadas por inversores de otro Estado parte sino, además, en el de evitar situaciones de competencia desleal entre aquéllos basada en la atracción de la inversión exterior con fundamento en la flexibilización de las exigencias medioambientales (o de las relativas a la salud o a la seguridad).

En este sentido, el propio art. 1114 del acuerdo NAFTA disponía en su aptdo. segundo que:

“2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte deberá eliminar, o comprometerse a eximir de la aplicación de esas medidas a la inversión de un inversionista, como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole”.

Las disposiciones del capítulo XI del acuerdo NAFTA están en la base de un gran número de demandas formuladas por inversores de uno de los Estados parte de dicho acuerdo frente a la aprobación por otro de nuevas leyes de protección medioambiental o a la aplicación de las ya existentes que afectan negativamente a las inversiones realizadas por aquéllos y ponen a los tribunales arbitrales en la tesitura ora de proteger al inversor extranjero ora de legitimar la actuación estatal por el mismo discutida<sup>396</sup>.

---

<sup>396</sup> En el asunto *SD Myers. c. Canadá*, se analiza la conformidad con el acuerdo NAFTA de la prohibición temporal impuesta por las autoridades canadienses a la importación de policlorobifenilos (PCBs) desde Estados Unidos y realizada por la empresa demandante y su filial canadiense (*S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo de 13 de noviembre de 2000). En el asunto *Methanex c. Estados Unidos* se analiza la

En la práctica totalidad de dichas demandas se pone de manifiesto la controversia que genera la protección de los inversores extranjeros cuando de la regulación medioambiental se trata.

El asunto *Bilcon c. Canadá*<sup>397</sup>, muy probablemente, es el que mejor sintetiza el debate subyacente<sup>398</sup>.

En dicho asunto se analizó la conformidad con el estándar de trato justo y equitativo de la conducta de las autoridades canadienses consistente en no autorizar un proyecto de explotación de una cantera y de construcción de una terminal marítima en la provincia de Nueva Escocia con fundamento en el resultado negativo del proceso de evaluación ambiental seguido.

Como consecuencia de diversos pronunciamientos y declaraciones públicas efectuados por las autoridades competentes y en el marco de la política pública de apoyo a la actividad minera existente en la provincia canadiense de Nueva Escocia al tiempo de la inversión, creció en los inversores extranjeros (estadounidenses) la expectativa de que la evaluación ambiental del proyecto de explotación de la cantera y de construcción de la terminal marítima se desarrollaría de una manera justa e imparcial dentro del marco legal vigente en Canadá, y que, llegado el caso, se podrían proponer medidas de prevención o de mitigación de los potenciales impactos medioambientales negativos que llegaran a detectarse de una manera racional y objetiva. Es decir, en los inversores extranjeros, atendidas las circunstancias existentes al tiempo de realizar la inversión, creció una expectativa acerca de la viabilidad en la práctica del proyecto.

---

imposición por parte de California de restricciones a la utilización y venta en dicho Estado del aditivo MTBE, fundamental en las actividades de la demandante (*Methanex Corp. c. Estados Unidos*, laudo de 3 de agosto de 2005). En el asunto *Chemtura Corp. c. Canadá* se analiza la prohibición por parte del Gobierno canadiense de la utilización del lindano como producto fitosanitario, vistos los perniciosos efectos de este producto sobre la salud y el medioambiente (*Chemtura Corp. c. Canadá*, laudo de 2 de agosto de 2010). Están pendientes de resolución asuntos en los que late el debate de cuál deba ser el alcance de la protección medioambiental y la de la inversión extranjera. Así ocurre con la revocación de permisos de exploración de petróleo y gas natural en Canadá (asunto *Lone Pine Resources Inc. c. Canadá*, CIADI, caso n.º UNCT/15/2).

<sup>397</sup> *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canadá*, NAFTA PCA, caso n.º. 2009-04, laudo de 17 de marzo de 2015.

<sup>398</sup> Sobre este asunto, vid. CARFAGNINI, M. (2015), “Too Low a Threshold: Bilcon v. Canada and the International Minimum Standard of Treatment”, *The Canadian Yearbook of International Law*, n.º. 53, págs. 244-277.

No obstante las expresadas política, pronunciamientos y declaraciones y a diferencia de lo que había sucedido con otros proyectos con incidencia medioambiental promovidos por la iniciativa pública o privada en la zona, las autoridades competentes decidieron someter el proyecto presentado por Bilcon al procedimiento de evaluación ambiental más riguroso (y costoso) de entre los contemplados en la legislación canadiense (*Canadian Environmental Assessment Act, Nova Scotia Environment Act*) y aplicable únicamente a aquellos proyectos con incidencia ambiental adversa significativa incluso después de la aplicación de las medidas de mitigación propuestas.

En el marco del correspondiente procedimiento de evaluación ambiental las autoridades federales y estatales mandataron a un panel de revisión conjunto que identificara los posibles efectos adversos significativos para el medio ambiente del proyecto tras la aplicación de las correspondientes medidas de mitigación y que recomendara bien autorizarlo -tras la adopción, en su caso, de dichas medidas-, bien rechazarlo, correspondiendo a las autoridades responsables la adopción de la decisión final a la vista de la recomendación realizada.

El panel de revisión conjunto mandatado para evaluar el proyecto elaborado por Bilcon estimó que el mismo no resultaba compatible con los “valores clave de la comunidad” -concepto no contemplado en la regulación medioambiental aplicable- y, sin proponer medida de mitigación alguna de dicho efecto adverso significativo ni considerar la existencia de otros posibles efectos adversos significativos diferentes tras la adopción de las oportunas medidas de mitigación, recomendó a las autoridades responsables su rechazo<sup>399</sup>.

Tras la evaluación ambiental llevada a cabo, tanto las autoridades provinciales como las federales, siguiendo la recomendación efectuada por el panel de revisión conjunto mandatado al efecto, acordaron rechazar el proyecto presentado por Bilcon atendida su falta de compatibilidad con los referidos valores clave de la comunidad.

---

<sup>399</sup> *Bilcon c. Canadá*, párrafos 503 y 547.

Es decir, en el asunto *Bilcon c. Canadá* no se analizó un cambio de la legislación de protección medioambiental aplicable al proyecto sino la interpretación novedosa y extensiva de la misma realizada por un órgano administrativo.

Respecto de los cambios legislativos, el tribunal señala que las autoridades estatales tienen, en principio, libertad para modificar las leyes o una determinada política sin necesidad de observar el estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, si bien dicha libertad no es absoluta, pudiendo la modificación llegar a violentar dicho estándar en el supuesto de que la misma tenga alcance retroactivo, resulte discriminatoria o infrinja las garantías específicas de no alteración del marco regulatorio en perjuicio del inversor que el Estado huésped de la inversión haya podido ofrecer<sup>400</sup>.

Tratándose de los cambios de criterio, entiende el tribunal que los órganos administrativos han de atenerse a lo que resulte de la legislación vigente sin poder modificar ésta mediante la aplicación de criterios no contemplados en la misma<sup>401</sup>.

La mayoría del tribunal considera que el panel de revisión conjunto se apartó del mandato recibido de las autoridades competentes, no informó al inversor acerca de los “valores clave de la comunidad” como criterio determinante de la evaluación ambiental negativa, impidiendo al mismo rebatir dicho argumento, y privó a las autoridades de información relativa a los posibles efectos adversos significativos del proyecto tras la adopción de las medidas de mitigación correspondientes, y necesaria para poder decidir acerca de su aprobación o rechazo<sup>402</sup>.

El tribunal entiende que la actuación de las autoridades canadienses estuvo presidida por la arbitrariedad, pues el panel de revisión conjunto “*effectively created, without legal authority or fair notice to Bilcon, a new standard of assessment rather than*

---

<sup>400</sup> *Bilcon c. Canadá*, párrafo 572: “As new policy ideas are advanced, as governments change in response to democratic choice, state authorities with the power to change law or policy must have reasonable freedom to proceed without being tasked with having breached the minimum standard under international law. That freedom is not absolute; breaches of the international minimum standard might arise in some special circumstances—such as changes in a legal or policy framework that have retroactive effect, are not proceeded by reasonable notice, are aimed or applied in a discriminatory basis or are contrary to earlier specific assurances by state authorities that the regulatory framework would not be altered to the detriment of the investor”

<sup>401</sup> *Bilcon c. Canadá*, párrafo 573: “Is not that it was contending with a change in law or policy concerning the zoning of Whites Point by authorized authorities. It was faced with a fundamentally novel and adverse approach by an administrative body, the JRP, that had a mandate to apply existing federal Canada and Nova Scotia laws rather than to amend them”.

<sup>402</sup> *Bilcon c. Canadá*, párrafos 535 y 543.



*fully carrying out the mandate defined by the applicable law, including the requirement under the CEAA to carry out a thorough “likely significant adverse effects after mitigation” analysis*”<sup>403</sup>, y superó el umbral necesario para poder imputar al Estado huésped responsabilidad internacional por infracción del estándar de trato justo y equitativo con arreglo a lo previsto en el art. 1105 del acuerdo NAFTA, a la vista de las expectativas legítimas del inversor y de las demás circunstancias concurrentes<sup>404</sup>.

Y tras afirmar que la regulación medioambiental, incluida la relativa a la evaluación de proyectos, tiene una grandísima relevancia en la actualidad cuando se trata de grandes inversiones, y que la misma debe conciliarse con la protección al inversor, el tribunal arbitral señala que lo que se enjuicia en el asunto *Bilcon c. Canadá* no es el concreto nivel de protección que pueda dispensar la legislación medioambiental (legislación que puede incluir dentro de los procesos de evaluación medioambiental la del impacto social de un determinado proyecto sobre la comunidad, considerada como un elemento más del ecosistema, la necesidad de recabar la autorización de las autoridades locales o, incluso, la celebración de un referéndum a nivel local) sino la aplicación a un determinado inversor de la concreta legislación de protección medioambiental vigente al tiempo en que se realice la inversión:

*“The Tribunal is not suggesting that there is the slightest issue with the level of protection for the environment provided in the laws of Canada and Nova Scotia. Each is free under NAFTA to adopt laws that are as demanding as they choose in exercising their sovereign authority. Canada and Nova Scotia have both adopted high standards. There can be absolutely no issue with that under Chapter Eleven of NAFTA. The Tribunal’s concern is actually that the rigorous and comprehensive evaluation defined and prescribed by the laws of Canada was not in fact carried out”*<sup>405</sup>.

El voto particular formulado por uno de los tres árbitros integrantes del tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”) que intervino en el asunto *Bilcon c. Canadá* discrepó, precisamente, de que la apelación a los “valores clave de la comunidad” o el

---

<sup>403</sup> *Bilcon c. Canadá*, parágrafo 591.

<sup>404</sup> *Bilcon c. Canadá*, parágrafo 594: “*The Investors’ reasonable expectations and major consequent investment of resources and reputation in a process that is the most rigorous, public and extensive kind provided under the laws of Canada; the fact that the JRP’s distinctive approach in adopting the concept of community core values was not proceeded by reasonable notice; and the fact that the approach of the JRP departed in fundamental ways from the standard of evaluation required by the laws of Canada rather than merely being controversial in matters of detailed application*”.

<sup>405</sup> *Bilcon c. Canadá*, parágrafo 598.

tratamiento del requisito del análisis de los efectos adversos significativos efectuados por el panel de revisión conjunto y la validación de una y otro las autoridades federales y provinciales competentes supusiera dejar de observar el procedimiento de evaluación contemplado en la legislación en vigor.

Para el árbitro discrepante, el objeto del mandato dado por las autoridades competentes al panel de revisión conjunto incluía la evaluación de los efectos del proyecto sobre el “medio ambiente humano”, debiendo quedar la expresión “valores clave de la comunidad” encapsulada en el debate habido durante el proceso de evaluación ambiental acerca de dichos efectos (sobre la utilización del área por los pueblos aborígenes, la pesca, el eco-turismo, la calidad del agua o del aire y, en último término, la calidad de vida), efectos que se entiende que son adversos para el medio ambiente, significativos y no susceptibles de mitigación.

El voto particular considera que la mayoría del tribunal se ha extralimitado a) al atribuir relevancia a la expectativa de Bilcon de que se aplicara correctamente el Derecho canadiense, cuando la misma era una expectativa genérica que no difiere de la de cualquier otro inversor; b) al considerar infringido el art. 1105 del NAFTA con fundamento en una supuesta violación del Derecho canadiense por el panel de revisión conjunto y las autoridades responsables (en lo relativo a la aplicación de un estándar de evaluación ambiental no contemplado en la ley aplicable), cuando resulta que dicha violación no ha sido declarada por los tribunales canadienses; y c) al entender que ha existido arbitrariedad, cuando resulta que aquella que pudiera consistir en la potencial indebida aplicación del Derecho canadiense no superaría el umbral necesario para hacer nacer la responsabilidad internacional de Canadá por violentar el estándar de trato justo y equitativo recogido en el art. 1105 del TLCAN.

El voto particular concluye con dos reflexiones acerca de las relaciones que existen entre el Derecho internacional de inversiones y las legislaciones de protección medioambiental nacionales.

En primer lugar, alerta del riesgo de “enfriamiento” de la actuación de los órganos de evaluación ambiental nacionales como consecuencia del establecimiento de un control adicional a cargo de tribunales arbitrales encargados de resolver controversias entre inversores extranjeros y Estados y de la importación de un sistema de responsabilidad por daños no disponible con arreglo al Derecho local:

*“What the majority has done is add a further control over environmental review panels. Failure to comply with Canadian law by a review panel now becomes the basis for a NAFTA claim allowing a claimant to bypass the domestic remedy provided for such a departure from Canadian law. This is a significant intrusion into domestic jurisdiction and will create a chill on the operation of environmental review panels. In the past, if they made an error – exceeded their jurisdiction or failed to comply with the law – they would have had their recommendations ignored by the governments to which they were made or overturned on review by a federal court. If the majority view in this case is to be accepted, then the proper application of Canadian law by an environmental review panel will be in the hands of a NAFTA Chapter 11 tribunal, importing a damages remedy that is not available under Canadian law”.*

En cuanto al segundo de los riesgos, advierte de la posible limitación de la capacidad regulatoria en materia medioambiental que corresponde a los Estados huéspedes o de la actuación de sus órganos de evaluación ambiental a la vista del riesgo de que las decisiones que puedan primar la protección medioambiental en detrimento de la de los inversores extranjeros se traduzcan en condenas a dichos Estados a indemnizar los daños y perjuicios irrogados a aquéllos:

*“The result of the majority decision is that a review panel that put great weight on the effect of a project on the human environment and took account of the community’s own expression of its interests and values results in the state being liable in damages to an investor. Thus, subjugation of human environment concerns to the scientific and technical feasibility of a project is not only an intrusion into the way an environmental review process is to be conducted, but also an intrusion into the environmental public policy of the state (...)*

*Once again, a chill will be imposed on environmental review panels which will be concerned not to give too much weight to socio-economic considerations or other considerations of the human environment in case the result is a claim for damages under NAFTA Chapter 11. In this respect, the decision of the majority will be seen as a remarkable step backwards in environmental protection”.*

La preocupación de Canadá por evitar situaciones como la producida en el asunto *Bilcon* ha tenido su reflejo en el nuevo T-MEC, cuyo art. 24.3 refuerza el poder de los Estados parte para proteger el medio ambiente disponiendo a tal efecto que *“las Partes reconocen el derecho soberano de cada Parte a establecer sus propios niveles de*

*protección ambiental y sus propias prioridades ambientales, así como a establecer, adoptar, o modificar sus leyes y políticas ambientales consecuentemente”* (apdo. 1).

La tensión entre la protección medioambiental y la protección de la inversión exterior, obviamente, se ha puesto de manifiesto también fuera del área norteamericana.

Así, por ejemplo, diversos países centro y sudamericanos han tenido que hacer frente a demandas por razón del no otorgamiento por razones medioambientales de concesiones para la explotación de recursos mineros<sup>406</sup>.

En el ámbito europeo, la adopción de distintas medidas de protección del medio ambiente por las autoridades alemanas ha afectado notablemente a diversas empresas extranjeras que decidieron invertir en la actividad de generación de energía eléctrica en dicho país.

En el asunto *Vattenfall c. Alemania I*<sup>407</sup> la demandante, empresa eléctrica sueca, demandó a Alemania como consecuencia de diversas exigencias y restricciones medioambientales impuestas con carácter adicional durante el proceso de obtención de determinados permisos para la construcción de una planta de generación termoeléctrica de carbón en Hamburgo (particularmente, de las exigencias relativas al volumen de agua de refrigeración susceptible de ser captado desde el río Elba -volumen no fijo sino dependiente del caudal del río en cada momento- y a la temperatura del agua vertida tras su utilización -inferior a la contemplada en el proyecto-), exigencias y restricciones que condicionaban la viabilidad misma de la planta y que llegaron a entenderse que constituían una expropiación indirecta y una infracción de la obligación de Alemania de dispensar al inversor extranjero un trato justo y equitativo.

Dicho asunto concluyó por virtud del acuerdo alcanzado entre las partes y que eximía a Vattenfall de cumplir algunas de las exigencias y restricciones a las que se supeditaba el otorgamiento de los permisos necesarios para construir y explotar la planta

---

<sup>406</sup> *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, CIADI, caso n°. ARB/09/12, laudo de 14 de octubre de 2016 o *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. El Salvador*, CIADI, caso n°. ARB/09/17, laudo de 14 de marzo de 2011.

<sup>407</sup> *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Alemania*, CIADI, caso n°. ARB/09/6. Laudo de 11 de marzo de 2011 aprobando el acuerdo alcanzado por las partes.

y le autorizaba para construir una torre de refrigeración con la que poder reducir la temperatura del agua.

El asunto *Vattenfall c. Alemania II*<sup>408</sup>, trae causa de la demanda formulada por la expresada compañía sueca y en la que se reclama una compensación de 4.675 millones de euros por el supuesto incumplimiento por Alemania de las obligaciones asumidas por dicho Estado con arreglo al TCE (prohibición de las expropiaciones o de las medidas equivalentes a la expropiación y obligación de dispensar al inversor extranjero y a su inversión un trato justo y equitativo) como consecuencia de la decisión de dicho país de, tras el accidente nuclear acaecido en Fukushima (Japón), poner fin a la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología termonuclear antes de 2022 y ordenar el cierre de las plantas nucleares sin compensación de ninguna clase y meses después de que el Parlamento alemán hubiera decidido ampliar la vigencia temporal de los permisos de explotación de las plantas afectadas<sup>409</sup>, decisión que afecta a las inversiones realizadas por aquella empresa en dos de ellas<sup>410</sup>.

Dicho asunto está estrechamente ligado a los recursos de amparo interpuestos por las empresas afectadas por el “apagón nuclear” (E.on, RWE y Vattenfall) y resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 6 de diciembre de 2016<sup>411</sup>.

---

<sup>408</sup> *Vattenfall AB y otros c. Alemania*, CIADI, caso n° ARB/12/12.

<sup>409</sup> En el año 2000 el Gobierno federal alemán acordó con la industria eléctrica de dicho país un período de operación máximo de 32 años para las centrales nucleares existentes y prohibió el otorgamiento de autorizaciones para la construcción *ex novo* de las mismas. En diciembre de 2010 se acordó prolongar la vida útil de las centrales nucleares una media de doce años a cambio del establecimiento de un nuevo impuesto sobre el combustible nuclear. Apenas transcurridos tres meses (marzo de 2011) el Gobierno federal alemán ordenó el cierre inmediato de las ocho centrales nucleares más antiguas y la realización de una auditoría de seguridad de las restantes. La revisión de la Ley de Energía Atómica llevada a cabo en 2011 contempló la sucesiva y definitiva desconexión de la red eléctrica de las restantes nueve centrales con arreglo a un calendario que comenzaba en 2015 y finaliza el 31 de diciembre de 2022. El cierre inmediato de las centrales nucleares más antiguas ha dado lugar a múltiples reclamaciones de la responsabilidad del Estado ante los tribunales civiles. Vid. PIELOW, J.C. (2016), “La seguridad jurídica en la Energiewende alemana, relativa al fomento de las energías renovables”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.) *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 159 y ss.

<sup>410</sup> Se trata, concretamente, de las plantas Krümmel (con una participación de Vattenfall del 66.7%) y Brunsbüttel (con una participación del 50%).

<sup>411</sup> <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7894.pdf> (a. 1/6/2021). Sobre dicha sentencia vid. PAREJO ALFONSO, L.J. (2017), “El Riesgo Regulatorio. La doctrina sentada por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional federal Alemán del 6 de diciembre de 2016, a propósito del abandono de la utilización de la Energía Nuclear”, en GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (Dir.) *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, Universidad Externado de Colombia, págs. 225-266.

A juicio del Tribunal Constitucional Federal alemán, el derecho a obtener una compensación como consecuencia del cierre de las centrales nucleares ordenado por el legislador alemán únicamente puede nacer en caso de que resulte posible entender, con fundamento en lo dispuesto en la Constitución alemana, que la propiedad de dichas compañías ha sido objeto de expropiación por las autoridades alemanas.

El Tribunal Constitucional alemán afirma con rotundidad que los Estados gozan de amplios poderes regulatorios cuando se trata de proteger bienes e intereses públicos como la salud o el medioambiente. Y si bien es cierto que los hechos acaecidos en Japón (un terremoto seguido de un tsunami) no son susceptibles de ser extrapolados a un país como Alemania y que los mismos no alteran la seguridad de las centrales nucleares sitas en su territorio, las autoridades alemanas son libres para ordenar el cierre de dichas centrales, pues incumbe a las mismas decidir acerca de si los riesgos inherentes a la generación de energía eléctrica con tecnología termonuclear son o no aceptables<sup>412</sup>.

No obstante la anterior libertad, el Tribunal Constitucional alemán señala igualmente que el Estado debe observar ciertos límites y, particularmente, ha de proteger las expectativas legítimas de los inversores.

Para dicho tribunal el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn protege la propiedad y su usabilidad y, bajo ciertas condiciones, las expectativas legítimas de que se mantenga la situación legal que sirvió de base para la inversión<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> Sentencia de 6 de diciembre de 2016, parágrafo 283: “*Der Gesetzgeber verfolgt mit der Beschleunigung des Atomausstiegs und seinem dahinter stehenden Wunsch, das mit der Nutzung der Kernenergie verbundene Restrisiko nach Zeit und Umfang zu minimieren, ein legitimes Regelungsziel. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der unterschiedlichen Einschätzung der Größe und Eintrittswahrscheinlichkeit der hinter diesem Restrisiko stehenden Realisierungsgefahr und damit auch unabhängig von den Rückschlüssen, die aus der Reaktorkatstrophe in Japan auf die Sicherheitslage in deutschen Kernkraftwerken gezogen werden können. Das Ziel des Gesetzgebers, das mit der Kernenergienutzung unvermeidbar in Kauf zu nehmende Restrisiko möglichst schnell und möglichst weitgehend zu beseitigen, ist - auch wenn es allein auf einer politischen Neubewertung der Bereitschaft zur Hinnahme dieses Restrisikos beruhen sollte - von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Die vom Gesetzgeber innerhalb seines weiten Spielraums bei der Auswahl von ihm verfolgter Gemeinwohlziele (vgl. dazu BVerfGE 121, 317 <350>; 134, 242 <292 f. Rn. 172>) angestrebte Beschleunigung des Atomausstiegs dient im Gegenteil dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und der in Art. 20a GG dem Staat auferlegten Aufgabe, die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen*”.

<sup>413</sup> *Ibid.*, parágrafo 371: “*Art. 14 Abs. 1 GG schützt unter bestimmten Voraussetzungen berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seine Nutzbarkeit*”.

A juicio del tribunal, que las autoridades alemanas hubieran ampliado la vigencia temporal de las autorizaciones para explotar las centrales nucleares es un hecho que alentó a las empresas recurrentes a ejecutar determinadas inversiones sin poder razonablemente esperar que el Parlamento alemán fuera a venir contra su propia decisión en materia de producción de energía eléctrica con tecnología termonuclear dentro de la misma legislatura.

Según se afirma en la sentencia de 6 de diciembre de 2016, cualquier interferencia con los derechos creados en virtud de una ley anterior debe estar fundamentada en razones de interés público, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y debiendo las razones de interés público ser especialmente intensas para tener prioridad sobre la confianza del ciudadano en el mantenimiento de una situación legal con fundamento en el derecho de propiedad garantizado por el art. 14.1 de la Ley Fundamental, de forma que una sustitución completa de una posición legal únicamente puede tener lugar bajo circunstancias especiales<sup>414</sup>.

A la luz de la anterior doctrina, considera el Tribunal Constitucional alemán que la modificación de la Ley de la Energía Atómica aprobada por el Parlamento alemán y por cuya virtud se ordena el cierre de las centrales nucleares, se opone a la garantía del derecho de propiedad contemplada en el art. 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn, puesto que en aquella no se prevén períodos de transición, cláusulas de indemnización u otros acuerdos de compensación, constituyendo lo anterior una irrazonable restricción del derecho de propiedad, toda vez que las inversiones realizadas por las recurrentes en las plantas de energía nuclear cuyo cierre se ordena se han visto devaluadas como consecuencia del cambio legislativo<sup>415</sup>.

---

<sup>414</sup> *Ibid.* parágrafo 269: “*Der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte muss durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein (vgl. BVerfGE 31, 275 <290>; 70, 191 <201 f.> m.w.N.). Die Gründe des öffentlichen Interesses, die für einen solchen Eingriff sprechen, müssen so schwerwiegend sein, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines Rechts, das durch den Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG innewohnenden Bestandsschutz gesichert wird (vgl. BVerfGE 42, 263 <294 f.>; 58, 300 <351>). Auch das zulässige Ausmaß des Eingriffs hängt vom Gewicht des dahinterstehenden öffentlichen Interesses ab (vgl. BVerfGE 83, 201 <212>). Die völlige, übergangs- und ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition kann jedenfalls nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen (vgl. BVerfGE 83, 201 <213>; hierauf verweisend BVerfGE 102, 1 <16>)*”.

<sup>415</sup> *Ibid.* parágrafo 369: “*Die 13. AtG-Novelle verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 GG, soweit sie keine Übergangsfristen, Entschädigungsklauseln oder sonstige Ausgleichsregelungen für den Fall vorsieht, dass Investitionen in Kernkraftwerke durch die Streichung der 2010 zugeteilten Zusatzstrommengen entwertet worden sind*”. El parágrafo 396 afirma que “*die 13. AtG-Novelle verletzt in Teilen Art. 14 Abs. 1 GG, weil sie zu einer unzumutbaren Beschränkung des aus dem Anlageneigentum fließenden Rechts der*

*ii.- La protección de la salud*

Otro de los ámbitos en los que la protección de la inversión extranjera entra habitualmente en conflicto con la facultad de los Estados de regular en beneficio del interés general es el relativo al fomento y la protección de la salud.

En el asunto *Philipp Morris c. Uruguay*<sup>416</sup> el tribunal arbitral analizó la posible violación de las obligaciones internacionales asumidas por dicho Estado en virtud de un tratado de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores como consecuencia de la aprobación de diversas normas relativas a la comercialización de labores del tabaco dentro de su territorio<sup>417</sup>.

La demandante estimó que las medidas de control aprobadas por Uruguay -y consistentes en la prohibición de más de una presentación para cada una de las marcas comercializadas en el país y en el incremento del tamaño de las advertencias sanitarias a incluir en las superficies de ambas caras principales de los paquetes de cigarrillos, pasando del 50% al 80% de la misma- suponían dispensar a las marcas en las que aquélla había invertido un tratamiento opuesto al exigido por el tratado bilateral de promoción y de protección de inversiones exteriores celebrado entre Suiza y Uruguay en materia de expropiación y en cuanto a la obligación de dispensar un trato justo y equitativo.

---

*Beschwerdeführerinnen Krümmel und Vattenfall sowie RWE führt, die ihren Kernkraftwerken in Anlage 3 Spalte 2 zum Atomgesetz zugeteilten Reststrommengen konzernintern zu verwerten". El párrafo 397 señala que "die 13. AtG-Novelle verletzt auch dadurch Art. 14 Abs. 1 GG, dass sie keine Ausgleichs- oder sonstigen angemessene Kompensationslösungen vorsieht für Investitionen, die im berechtigten Vertrauen auf die jeweils zugeteilten Stromkontingente in den Kernkraftwerken getätigt, durch die festen Abschalttermine aber entwertet wurden"; y el párrafo 398 concluye afirmando que "alle Verletzungen von Art. 14 Abs. 1 GG haben ihre wesentliche Ursache in den durch § 7 Abs. 1<sup>a</sup> Satz 1 AtG für die Kernkraftwerke gestaffelt eingeführten festen Endterminen für das Erlöschen der Berechtigung zum Leistungsbetrieb. Die Vorschrift verstößt insoweit gegen das Eigentumsgrundrecht".*

<sup>416</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIADI, caso n°. ARB/10/7, laudo de 8 de julio de 2016.

<sup>417</sup> Sobre dicho caso, vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.J. (2016) "El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones: comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay", *Revista de Derecho Público*, n° 50, págs. 147-166; o URBANEJA CILLÁN, J. (2019), "La progresiva incorporación de los derechos humanos y los objetivos de desarrollo sostenible al derecho internacional de las inversiones. Especial referencia al caso Philip Morris vs. Uruguay", en URBANEJA CILLÁN, J. (Coord.), y DÍAZ BARRADO, C.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. y PEREIRA COUTINHO, F. (Dir.) *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, págs. 277-308.



Uruguay sostuvo, sin embargo, que las medidas impugnadas fueron adoptadas de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por dicho país y con el único objeto de “proteger la salud pública” y fueron aplicadas de manera “no discriminatoria” a todas las compañías tabacaleras, constituyendo un “ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas” del país.

La regulación aprobada se dirigía, concretamente, a “mitigar los efectos nocivos y continuos de la promoción del tabaco, lo que incluía la publicidad engañosa de las Demandantes de que determinadas variantes de la marca son más seguras que otras” y a “aumentar la concientización del consumidor respecto de los riesgos que implica el consumo de tabaco para la salud y para alentar a la gente, en especial a los más jóvenes, a dejar de fumar o no empezar a hacerlo”, dejándose espacio en las cajetillas para incluir marcas comerciales y logos<sup>418</sup>.

Al analizar el alegato de la demandante relativo a la posible existencia de una expropiación indirecta de la inversión como consecuencia de la aprobación de las medidas impugnadas, el tribunal considera que las mismas constituyen un “ejercicio válido del poder de policía del Estado”, ejercicio que se opone a dicho alegato pues el acuerdo de promoción y de protección de inversiones suscrito “no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área”<sup>419</sup>.

Aunque la demandante sostenía que dicho acuerdo proscribía toda expropiación que no se llevara a cabo de conformidad con las condiciones previstas en el mismo, que no estaba previsto que la existencia de un fin público -una de dichas condiciones- eximiera al Estado de la obligación de pagar una indemnización y que, por ende, el ejercicio de los “poderes de policía” no constituía una defensa contra la expropiación, ni excluía el requisito de la indemnización, considera el tribunal que el acuerdo debe interpretarse de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 31.3.c), que exige que las disposiciones de los mismos se interpreten a la luz de “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, referencia que “incluye ... al derecho internacional consuetudinario”.

---

<sup>418</sup> *Philipp Morris y otros c. Uruguay*, párrafo 13.

<sup>419</sup> *Ibid.*, párrafos 287 y 288.

Sobre dicha base el Tribunal se refiere a las normas del derecho internacional consuetudinario y a su evolución haciendo mención expresa a la “protección de la salud pública” como una “manifestación esencial del poder de policía del Estado”, debiendo tenerse en cuenta que el propio acuerdo bilateral permite que los “Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones “por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad”<sup>420</sup>.

Para el tribunal, la doctrina de los “poderes de policía” se construyó con anterioridad a su reconocimiento en las decisiones arbitrales dictadas en procedimientos de resolución de controversias entre inversores y Estados, refiriéndose concretamente a la OCDE, al proyecto del Convenio de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños Causados a Extranjeros de 1961 o al *Third Restatement of the Foreign Relations Law* de los Estados Unidos del año 1987, en el que se avala la anterior doctrina en los siguientes términos:

“Un Estado no es responsable de la pérdida de una propiedad u otra desventaja económica que resulte de gravámenes impositivos generales, regulaciones, confiscación penal u otra acción similar de buena fe comúnmente aceptada dentro del poder de policía de los Estados, mientras no sea discriminatoria”<sup>421</sup>.

Y se refiere a la recepción de la doctrina de los poderes de policía por el Derecho internacional de inversiones en los siguientes términos:

“El principio según el cual el ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye la indemnización, aun si causa un perjuicio económico a un inversor, y de que las medidas adoptadas con ese fin no se deberían considerar expropiatorias, no halló un reconocimiento inmediato en las decisiones sobre tratados de inversión. Sin embargo, después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta. Durante este último período, una serie de decisiones en materia de inversión han contribuido a desarrollar el alcance, el contenido y las condiciones de la doctrina del poder de policía del Estado, sobre la base del derecho internacional. Conforme a un principio reconocido por estas decisiones, que una medida se pueda caracterizar como expropiatoria depende de la naturaleza y el fin de la acción

---

<sup>420</sup> *Ibid.*, párrafos 290 y 291.

<sup>421</sup> *Ibid.*, párrafos 292 a 294.

del Estado. Algunas decisiones han invocado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio”.

Y con cita de diversos asuntos en los que se aplica la expresada doctrina con la finalidad de desestimar pretensiones ejercitadas por inversores extranjeros respecto de medidas regulatorias adoptadas por los Estados huéspedes para, específicamente, proteger la salud pública<sup>422</sup> o de diversos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones o capítulos de protección de inversiones contenidos en acuerdos de libre comercio que igualmente la reflejan<sup>423</sup>, llega a la conclusión de que “estas disposiciones, sea que se introduzcan *ex abundanti cautela* o no, reflejan la postura del derecho internacional general”<sup>424</sup>.

Dado que las medidas impugnadas habían sido adoptadas “en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública”, se habían tomado “de buena fe en aras de proteger el bienestar público”, no tenían carácter arbitrario, discriminatorio o desproporcionado y eran potencialmente un “medio efectivo para la protección de la salud pública”, el tribunal concluye que “fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las Demandantes”<sup>425</sup>.

En cuanto a la supuesta falta de tratamiento de la inversión con arreglo al estándar de trato justo y equitativo como consecuencia de la aprobación de las medidas impugnadas, entiende el tribunal que las mismas no son arbitrarias toda vez que “han sido implementadas por el Estado a los efectos de proteger la salud pública”, existiendo una clara y reconocida “conexión entre el objetivo perseguido por el Estado y la utilidad de las dos medidas”, calificándose las mismas como “respuesta razonable y responsable a las estrategias engañosas de publicidad, comercialización y promoción empleadas por la

---

<sup>422</sup> Asuntos *Bischoff, Methanex c. Estados Unidos* o *Chemtura c. Canadá*.

<sup>423</sup> Modelos de acuerdos bilaterales de inversiones aprobados por los Estados Unidos de América (2004, 2012) o Canadá (2004, 2012) o previsiones contenidas en el CETA o en el acuerdo entre la UE y Singapur.

<sup>424</sup> *Philipp Morris y otros c. Uruguay*, párrafo 301.

<sup>425</sup> *Ibid.*, párrafos 302 y 305 a 307.

industria tabacalera, se basan en pruebas fehacientes y se ha demostrado que son eficaces para reducir el consumo de tabaco”<sup>426</sup>.

Para el tribunal, no es exigible a Uruguay la realización de estudios adicionales o la recolección de más pruebas que respalden las medidas impugnadas, siendo suficiente la evidencia que resulta de su participación en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco<sup>427</sup>.

En cuanto al “margen de apreciación” que debe reconocerse a las autoridades regulatorias cuando generan determinaciones de políticas públicas, entiende el tribunal que la consideración de dicho margen no queda circunscrita al ámbito del TEDH<sup>428</sup> sino que “se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud del TBI al menos en ámbitos como el de la salud pública”, precisando que “la responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública”, supuestos en los que “se debe respecto al ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe”. Y con referencia al laudo dictado en el asunto *Glamis Gold c. Estados Unidos*, afirma que “la única pregunta que debe responder el Tribunal ... es si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha legislación”<sup>429</sup>.

A la luz de las anteriores consideraciones, el tribunal entiende que la medida consistente en la prohibición del uso concurrente de las marcas (diversidad de presentaciones bajo las mismas) “constituyó un intento de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe”, debiendo reputarse como una “medida razonable, no una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, desproporcionada” y no contraria a la obligación de dispensar al inversor extranjero un trato justo y equitativo<sup>430</sup>.

---

<sup>426</sup> *Ibid.*, parágrafo 391.

<sup>427</sup> *Ibid.*, parágrafo 396.

<sup>428</sup> Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1986, asunto *James y otros c. Reino Unido*, parágrafo 46.

<sup>429</sup> *Philipp Morris y otros c. Uruguay*, parágrafo 399.

<sup>430</sup> *Ibid.*, parágrafo 409 y 410.

En cuanto al incremento de la superficie destinada a incluir advertencias sanitarias en las cajetillas de tabaco, entiende el tribunal que se trata de una “decisión de política legislativa tomada en un contexto de fuerte consenso científico respecto de los efectos letales del tabaco”, siendo necesario “prestar una sustancial deferencia a las decisiones de las autoridades nacionales en relación con las medidas que deben tomarse para abordar un gran y reconocido problema de salud pública”. Y concluye afirmando que la regulación discutida “fue una medida razonable adoptada de buena fe en aras de implementar una obligación asumida por el Estado en virtud del CMCT. No fue una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria o desproporcionada” y no contraria a la obligación de dispensar al inversor extranjero un trato justo y equitativo<sup>431</sup>.

En cuanto a la posible protección de las expectativas legítimas de la demandante, el tribunal, con referencia a decisiones recientes adoptadas por tribunales arbitrales en asuntos relativos a controversias entre inversores y Estados<sup>432</sup>, afirma que la expectativa legítima en el mantenimiento de la estabilidad del ordenamiento jurídico como elemento integrante del estándar de trato justo y equitativo en nada empece el derecho del Estado a “ejercer su poder soberano para legislar y a adaptar su sistema jurídico a circunstancias variables”, de forma que “las modificaciones a la legislación general (al menos ante la ausencia de una cláusula de estabilización) no se impiden” por dicho estándar, “a no ser que exceden el ejercicio del poder regulatorio normal del Estado receptor en aras de un interés público y que modifican el marco regulatorio en el cual se basó el inversor al momento en que realizó su inversión fuera del margen aceptable de cambios”<sup>433</sup>.

Dado que las expectativas legítimas dependen de la existencia de compromisos y declaraciones específicas del Estado receptor de las inversiones efectuadas para “inducir” a los inversores a realizarlas y que las disposiciones legislativas, aplicables a una pluralidad de personas o a categorías de personas, no crean expectativas legítimas de que no habrá cambios en la legislación, el tribunal entiende que las perspectivas de un cambio en el marco regulatorio deberían haberse analizado “a la luz de los cambios vigentes o razonablemente esperables de las condiciones económicas y sociales del Estado

---

<sup>431</sup> *Ibid.*, parágrafo 418 y 420.

<sup>432</sup> Asuntos *Parkerings c. Lituania*, *BG Group c. Argentina*, *AES c. Hungría* o *El Paso c. Argentina*, entre otros.

<sup>433</sup> *Philipp Morris y otros c. Uruguay*, parágrafo 422 y 423.

receptor”, debiendo tenerse en cuenta la “preocupación internacional por el efecto nocivo del tabaco”, de forma que “la expectativa sólo podría haber sido contar con una regulación cada vez más estricta de la venta y el uso de los productos de tabaco”, razón por la cual no puede entenderse que exista expectativa legítima alguna del inversor que pueda entenderse violentada como consecuencia de la adopción de las medidas impugnadas que ni siquiera se entiende que incidan sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico uruguayo<sup>434</sup>.

En el asunto *Lilly c. Canadá*<sup>435</sup>, la demandante, multinacional farmacéutica estadounidense, demandó a aquel Estado por razón de la anulación por sus tribunales de justicia de dos patentes que protegían la comercialización de dos medicamentos titularidad de la expresada compañía con base en la falta de “utilidad” de los mismos exigida por la legislación canadiense<sup>436</sup>.

Para la demandante, la adopción por los tribunales canadienses de la “*promise utility doctrine*” a mediados de la década de 2000 con la finalidad de evitar prácticas especulativas en materia de registro de patentes se realizó con carácter novedoso, arbitrario y discriminatorio para las empresas farmacéuticas, siendo contraria a las obligaciones asumidas en materia de patentes por Canadá bajo el TLCAN y dando lugar a una expropiación ilegal y a una violación de la obligación que le incumbe de garantizar a los inversores extranjeros y a sus inversiones el estándar mínimo de trato.

Canadá, contrariamente, entendió que no había existido cambio drástico alguno en la interpretación judicial de la exigencia de utilidad de la invención contemplada en la legislación canadiense y que la anulación de las patentes de la demandante no constituía violación alguna de las obligaciones de dicho Estado bajo el capítulo XI del acuerdo NAFTA.

El laudo arbitral confirma que, aunque ha habido ciertos cambios en la interpretación de la legislación de patentes canadiense, los mismos son “incrementales” y tienen carácter “evolutivo” sin llegar a dar lugar a un “cambio radical” del marco

---

<sup>434</sup> *Ibid.*, parágrafo 427 y 430.

<sup>435</sup> *Eli Lilly and Company c. Canadá*, CIADI, caso n° UNCT/14/2, laudo de 16 de marzo de 2017.

<sup>436</sup> PHILLIPS, F.K., “Promise Utility Doctrine and Compatibility Doctrine Under NAFTA: Expropriation and Chapter 11 Considerations”, *Canada-United States Law Journal*, Vol. 40, 2016, <http://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol40/iss1/8> (a. 1/6/2021).

jurídico aplicable susceptible de violentar las expectativas legítimas del inversor extranjero:

*“Taken as a whole, the evidence before the Tribunal shows that Canada’s utility requirement underwent incremental and evolutionary changes between the time that the Zyprexa and Strattera Patents were granted and then invalidated, in particular during the six-year period that Claimant highlights (2002-2008). Over those years, there was an increase in the number of utility-based challenges of pharmaceutical patents, which appears to have increased the pace of the development of the law most relevant to that sector. The Tribunal also sees that each of the three rules that Claimant considers part of the promise utility doctrine has a reasonably solid foundation in prior authority, even if there is a question about the extent to which that prior authority was applied in practice*

*(...) Claimant has not demonstrated, as a factual matter, that its legitimate expectations were violated by the application of Canadian patent law to the Zyprexa and Strattera Patents”<sup>437</sup>.*

Y entiende, asimismo, que las autoridades canadienses no han dispensado al inversor extranjero un trato discriminatorio o arbitrario contrario al estándar mínimo de trato que debe garantizarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 1105 del acuerdo NAFTA.

Respecto del supuesto carácter discriminatorio de la actuación de los tribunales canadienses, el tribunal entiende que la “*promise utility doctrine*” es de aplicación general, independientemente del sector industrial de que se trate y, por supuesto, de la nacionalidad del inversor<sup>438</sup>.

Respecto de la supuesta arbitrariedad de la medida que igualmente invoca la demandante, entiende el laudo que las decisiones de los tribunales canadienses están fundamentadas en Derecho y son coherentes y consistentes con la política de dicho país:

*“These decisions have a foundation in Canadian law. They are also coherent and consistent with the policy justifications stated by Respondent. It is worth stating again that in these circumstances, the Tribunal will not question the correctness of the policies or the courts’ decisions ”<sup>439</sup>.*

---

<sup>437</sup> *Eli Lilly and Company c. Canadá*, párrafos 368 y 387.

<sup>438</sup> *Ibid.*, párrafos 439 y 441.

<sup>439</sup> *Ibid.*, párrafo 430.

*iii.- La defensa del empleo y de las condiciones laborales de los trabajadores*

Un tercer ámbito en el que la protección de los inversores extranjeros suele entrar en conflicto con la capacidad reguladora de los Estados huéspedes de la inversión es el de la defensa del empleo y de las condiciones laborales de los trabajadores.

En el ámbito norteamericano han sido varios los asuntos en los que se han puesto en tela de juicio las medidas adoptadas por alguno de los Estados parte del TLCAN para defender el empleo nacional y evitar la deslocalización de empresas.

En el anterior sentido, en el asunto *ADF c. Estados Unidos*<sup>440</sup> se planteó la cuestión de si la inclusión de las cláusulas “*buy America*” en la contratación pública<sup>441</sup> es o no compatible con las exigencias derivadas del acuerdo NAFTA y, particularmente, con la obligación de dispensar al inversor extranjero “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo” (art. 1105.1).

El Estado de Virginia adjudicó la construcción del proyecto “*Springfield Interchange*” (un importante nudo de comunicaciones situado en la parte norte del Estado de Virginia, a 20 kilómetros al sur de Washington D.C.) al correspondiente empresario, subcontratando el mismo con ADF el suministro de todos los componentes estructurales de acero necesarios para la construcción de nueve puentes incluidos en el proyecto, obligando el subcontrato (en línea con lo previsto en el contrato principal) a utilizar productos y servicios originarios de Estados Unidos salvo que el interés público exigiera otra cosa o que dichos productos o servicios no pudieran adquirirse en dicho país.

ADF propuso realizar determinados procesos relativos a la fabricación de los indicados componentes estructurales en sus instalaciones de su filial en Canadá, oponiéndose a ello el Estado de Virginia ante la posibilidad de que las autoridades federales se negaran a aportar los fondos comprometidos para el proyecto como consecuencia del incumplimiento de la cláusula *buy America*.

---

<sup>440</sup> *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, CIADI, Caso n°. ARB (AF)/00/1, laudo de 9 de enero de 2003.

<sup>441</sup> 49 U.S. Code § 5323. Con arreglo a dicho precepto la Administración Federal de Tránsito (FTA), con carácter general, no puede financiar proyectos “*unless all iron, steel, and manufactured products used in the project are produced in the United States*”. Además, “*all steel and iron manufacturing processes must take place in the United States, except metallurgical processes involving refinement of steel additives*”. Las anteriores exigencias se aplican a “*all construction materials made primarily of steel or iron and used in infrastructure projects such as transit or maintenance facilities, rail lines, and bridges*”.



El contratista principal, a solicitud de ADF y con fundamento en el interés público (terminación del proyecto dentro del plazo previsto) y ante la imposibilidad material de fabricar los componentes en los Estados Unidos, solicitó a las autoridades estatales una exención del cumplimiento de la expresada cláusula, siendo la misma denegada.

Como consecuencia de lo anterior, ADF se vio obligada a subcontratar la realización de determinadas tareas precisas para poder suministrar los componentes estructurales precisos hasta con cinco empresas estadounidenses diferentes, lo que se tradujo en un sustancial incremento de los costes del proyecto.

Para el tribunal que conoció del anterior asunto las cláusulas tipo *buy America* no están prohibidas por el acuerdo NAFTA, son comunes a los tres Estados parte del mismo (y a otros Estados) y no pueden caracterizarse como medidas “*idiosyncratic or aberrant and arbitrary*”, no pudiendo entenderse violentada con su establecimiento la obligación contemplada en el art. 1105.1 de dicho acuerdo<sup>442</sup>.

Por su parte, en el asunto *Veolia c. Egipto*<sup>443</sup> se analizó la elevación por ley del salario mínimo interprofesional vigente en dicho país y la incidencia de la expresada medida sobre la inversión realizada por la empresa.

Concretamente, el inversor extranjero había celebrado un contrato de recogida y de tratamiento de basuras. La elevación del salario mínimo interprofesional aprobada por las autoridades egipcias (una de las medidas adoptadas para acallar las protestas de la población habidas en el marco de la Primavera Árabe) y la negativa de éstas a modificar el contrato se tradujo en el consiguiente incremento de los costes y en el deterioro de la inversión realizada por el inversor extranjero.

El tribunal desestimó la demanda arbitral formulada por el inversor declarando la conformidad de la actuación del Estado con los estándares previstos en el oportuno acuerdo bilateral de promoción y de protección recíproca de inversiones<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, parágrafo 188

<sup>443</sup> *Veolia Propreté c. Egipto*, CIADI, Caso n.º. ARB/12/15.

<sup>444</sup> El laudo arbitral dictado en este asunto ha desestimado las pretensiones de la demandante (<https://www.iareporter.com/articles/egyptian-official-confirms-victory-in-veolia-case-at-icsid-as-company-remains-silent/> a. 1/6/2021) si bien no ha sido publicado por el CIADI, de forma que se desconocen los concretos estándares cuya violación se haya podido invocar y el razonamiento seguido por el tribunal.

*iv.- La estabilidad económica y social*

Uno de los ámbitos en los que el reconocimiento del derecho del Estado a modificar la regulación en defensa del interés general colisiona con mayor claridad con la protección de la inversión exterior es el de las medidas de todo orden que pueda adoptar aquél para garantizar la estabilidad económica o social y evitar que se produzca una crisis (cualquiera que sea su causa) o, caso de producirse, para hacer frente a sus consecuencias.

¿Deben responder los Estados que adopten dichas medidas con arreglo al Derecho internacional (convencional o consuetudinario) frente a las consecuencias dañosas que las mismas puedan tener sobre las inversiones exteriores?

El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU excluye la ilicitud de aquellos hechos de un Estado no conformes con sus obligaciones internacionales (como pueda serlo el incumplimiento de las asumidas en virtud de un acuerdo de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o de un capítulo de protección de inversiones de un acuerdo de libre comercio) siempre que:

- Obedezcan a un supuesto de “fuerza mayor”. Según el art. 23 de dicho Proyecto, debe entenderse por tal una “fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación”, no quedando excluida la ilicitud si dicho supuesto obedece, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o si el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca el mismo; o

- Concurra un supuesto de “peligro extremo”. Según el art. 24 del Proyecto la ilicitud del hecho del Estado queda excluida si el mismo “no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado”, pero no si dicho supuesto se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que lo invoca o es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor; o

- Concurra un supuesto de “estado de necesidad”. Según el art. 25 del Proyecto, esta causa de exclusión de la ilicitud no puede invocarse a menos que el hecho en cuestión sea el único modo en que el Estado puede

salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente y no afecte gravemente a los intereses esenciales del resto de Estados interesados, no pudiendo invocarse esta causa de exclusión de la ilicitud si dicha posibilidad está excluida por la obligación internacional de que se trate o el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad<sup>445</sup>.

Como puede advertirse, para determinar el alcance de la responsabilidad del Estado frente a los inversores extranjeros por razón de las medidas que puedan adoptarse para garantizar la estabilidad económica y social a la luz del Derecho Internacional resulta crucial analizar su posible contribución a la producción del hecho que determine la necesidad de dichas medidas y el hecho de si las medidas adoptadas eran o no las únicas posibles.

La crisis argentina de los años 2001-2002 y la actuación del Gobierno de la República Argentina para hacer frente a la misma<sup>446</sup> constituyen, muy probablemente, el caso que mejor ejemplifica el conflicto entre el derecho del Estado a modificar su regulación para garantizar la estabilidad económica y social y la protección de las inversiones extranjeras.

Tras la restauración de la democracia en Argentina en el año 1983, el gobierno de dicho país intentó estabilizar su economía mediante la creación de una nueva moneda -el austral- y el recurso al endeudamiento exterior.

A partir de 1990 Argentina reformó su economía sobre la base de su apertura al comercio exterior, la liberalización de los movimientos de capital, la privatización de las empresas públicas, la desregulación económica, el adelgazamiento del Estado y la reorganización del sistema tributario.

La incapacidad de Argentina para hacer frente al pago de la deuda externa contraída hizo que la confianza en el austral se hundiera y que el país entrara en una espiral hiperinflacionista (la inflación en el año 1990, por ejemplo, fue del 2.314%).

---

<sup>445</sup> Vid. REINISCH A. (2010), "Necessity in Investment Arbitration" en *Netherlands yearbook of international law*, n.º. 41, págs. 137-158.

<sup>446</sup> Sobre la crisis argentina de 2001-2002 vid. MUSSA, M. (2002) *Argentina y el FMI: Del triunfo a la tragedia*, Buenos Aires, Planeta. También ROJAS, M. (2003) *Historia de la crisis argentina*, Timbro/SFN y Fundación CADAL ([https://www.cadal.org/libros/pdf/Historia\\_de\\_la\\_Crisis\\_Argentina.pdf](https://www.cadal.org/libros/pdf/Historia_de_la_Crisis_Argentina.pdf), a. 1/6/2021).

Para atajar la pérdida de confianza exterior en la economía argentina, garantizar la aceptación de la moneda nacional y reducir la inflación, el gobierno estableció por ley en 1991 una tasa fija de conversión de dicha moneda respecto del dólar estadounidense<sup>447</sup>.

Aunque la adopción de la anterior medida permitió estabilizar los precios, el país siguió recurriendo masivamente al endeudamiento externo. Además, crecieron las importaciones -lo que provocó un serio desequilibrio de la balanza comercial (el déficit comercial se compensaba con el endeudamiento exterior y la percepción por el país de importantes sumas por la privatización de un gran número de empresas estatales)- y se produjo una importante destrucción de tejido industrial y un notable incremento del desempleo.

La pérdida de confianza de los inversores extranjeros en la economía argentina y la fuga de capitales del país crecieron rápidamente.

Tras la aprobación a finales del año 2000 del rescate financiero del país por el Fondo Monetario Internacional y otras instituciones y la adopción de otra serie de medidas a lo largo del año 2001, el gobierno argentino reinstauró en diciembre de dicho año el control de cambios y limitó las disposiciones en efectivo (“corralito”), medidas que generaron un gran descontento social que terminó provocando la dimisión del presidente De la Rúa.

El día 6 de enero de 2002 el gobierno interino presidido por Duhalde declaró la incapacidad de Argentina para hacer frente al pago de las deudas contraídas por el país (*default*) y puso término a la convertibilidad fija del peso argentino respecto del dólar.

Posteriormente, se ordenó la conversión a pesos de diversos activos financieros denominados en dólares estadounidenses<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> La Ley 23.928, de 27 de marzo de 1991, de Convertibilidad del Austral, estableció a partir del 1 de abril de 1991 una relación cambiaria fija entre la moneda nacional y la estadounidense, a razón de un dólar estadounidense por cada diez mil australes o, posteriormente, de un dólar estadounidense por cada peso argentino convertible. La ley previó que cada emisión del Tesoro estuviera respaldada por reservas en moneda circulante.

<sup>448</sup> La Ley 25.56196, de 6 de enero de 2002, derogó en lo sustancial la Ley de Convertibilidad n° 23.928 eliminando las operaciones de conversión monetaria uno a uno y la exigencia de disponer de reservas por el cien por cien de la base monetaria. Mediante Decreto 214/2002 de necesidad y urgencia del 3 de febrero de 2002 se “pesificaron” forzosamente, los créditos y las deudas y los depósitos bancarios, utilizando para ello distintas ratios. Mediante Decreto 471/2002 de necesidad y urgencia del 13 de marzo de 2002 se “pesificó” la deuda pública nacional, provincial y municipal.

Las anteriores medidas, además de generar una enorme conflictividad social, provocaron la devaluación del peso argentino, un nuevo repunte de la inflación y un incremento aún mayor del número de desempleados.

A partir del año 2004 el nuevo gobierno argentino comenzó a reestructurar y a reducir la deuda externa. La devaluación del peso hizo posible la reducción de las importaciones, el aumento de las exportaciones y la reducción de los niveles de desempleo.

La salida de la crisis económica y financiera de 2002 exigió la adopción por las autoridades argentinas de medidas en ocasiones poco ortodoxas (incluida la expropiación directa de determinados activos) que afectaron a inversiones realizadas en Argentina por inversores extranjeros, particularmente a las realizadas en el marco de los procesos de privatización de determinados sectores y empresas convocados por el gobierno argentino a partir de 1989.

Los inversores afectados por dichas medidas demandaron al Estado argentino por entender que las mismas habían violentado los estándares de protección contemplados en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores suscritos por el mismo<sup>449</sup>.

En el asunto *CMS contra Argentina*<sup>450</sup> se enjuiciaron las medidas adoptadas por el gobierno argentino en relación con la actividad de transporte de gas, regulada por una ley de 1992 que sentó las bases para la privatización de las compañías de transporte y de distribución de gas en el país.

Tanto la regulación inicial como las licencias otorgadas a las empresas transportistas y distribuidoras de gas contemplaron la fijación de las tarifas que tenían derecho a percibir en dólares americanos, su conversión a pesos argentinos al tiempo de la facturación y la actualización semestral de aquéllas de conformidad con un índice de precios estadounidense (el “*United States Producer Price Index*” o “*US PPI*”).

---

<sup>449</sup> Vid. ÁLVAREZ, J. y KHAMSI, K. (2009) “The Argentine Crisis and Foreign Investor”, en *The Yearbook of International Investment and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, págs. 379 y ss.

<sup>450</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005. Vid. también *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/01/3, laudo de 22 de mayo de 2007.

Sin embargo, posteriormente el gobierno argentino suspendió temporalmente la actualización de las tarifas con arreglo al *US PPI*.

Tras decretarse el “corralito”, las tarifas de aplicación dejaron de fijarse en dólares y el sistema para actualizarlas contemplado en las licencias otorgadas fue abolido, abriéndose un proceso dirigido a la renegociación de las licencias otorgadas que, en el sector de transporte y distribución de gas, no logró concluir con éxito.

El problema al que tuvo que hacer frente el tribunal no es otro que el de decidir qué priorizar, si el reconocimiento de un ámbito inmune para las autoridades argentinas en el que poder adoptar las medidas precisas para hacer frente a la crisis económica y social de 2001-2002, o la protección de los inversores extranjeros y el cumplimiento de las garantías concedidas a los mismos previamente a la realización de sus inversiones:

*“The question for the Tribunal is then how does one weigh the significance of a legal guarantee in the context of a collapsing economic situation. It is certainly not an option to ignore the guarantee (...) but neither is it an option to disregard the economic reality which underpinned the operation of the industry”*<sup>451</sup>.

Para el tribunal arbitral los perjuicios que resultan de las crisis económicas deben, en principio, ser soportados por los inversores extranjeros sin que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores puedan asimilarse sin más a un seguro frente a los riesgos inherentes a dichas crisis<sup>452</sup>.

Tras afirmar que las medidas adoptadas por el gobierno argentino no han dado lugar a una privación sustancial de la inversión que permita entender que se ha producido una expropiación de la misma no amparada por el tratado de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre Argentina y Estados Unidos<sup>453</sup>, entiende que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas transformaron totalmente y alteraron el marco legal y de negocio bajo el que el inversor decidió realizar

---

<sup>451</sup> *Ibíd.*, parágrafo 165.

<sup>452</sup> *Ibíd.*, parágrafo 248: “*The crisis had in itself a severe impact on the Claimant’s business, but the impact must to some extent be attributed to the business risk the Claimant took on when investing in Argentina, this being particularly the case as it related to decrease in demand. Such effects cannot be ignored as if business had continued as usual. Otherwise, both parties would not be sharing some of the costs of the crisis in a reasonable manner and the decision could eventually amount to an insurance policy against business risk (...)*”

<sup>453</sup> *Ibíd.*, parágrafo 263.

la inversión violentando objetivamente el estándar de trato justo y equitativo, estándar que está indisociablemente unido a la estabilidad y a la predictibilidad y en el que la intención deliberada o la mala fe en la adopción de las medidas puede tener la condición de agravante más no de elemento esencial del mismo<sup>454</sup>.

La solicitud del gobierno argentino de que, para el caso de que se considerara infringido alguno de los estándares contemplados en el tratado, se le eximiera de toda responsabilidad atendida la existencia de un “estado de necesidad” o de un “estado de emergencia” ocasionado por la crisis económica, social y política de 2002, fue igualmente desestimada por el tribunal.

Para dicho gobierno el “interés económico” *“qualifies as an essential interest of the State when threatened by grave and imminent peril”*, resultando que la legislación de emergencia fue aprobada con el único objetivo de poner bajo control la caótica situación que habría seguido al colapso social y económico al que Argentina estaba haciendo frente<sup>455</sup>.

Para la valoración de la posible existencia de dicho “estado de necesidad”, no habiendo previsiones en el tratado, el tribunal se remite al Derecho internacional consuetudinario, concretamente el art. 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional.

El tribunal parte de considerar que el “estado de necesidad”, en cuanto eximente de la posible responsabilidad de las autoridades argentinas, tiene carácter excepcional y su concurrencia debe ser analizada prudentemente para evitar abusos, toda vez que lo contrario dejaría vacías de contenido las previsiones del propio tratado, resultando ello contrario a los principios de la estabilidad y de predictibilidad de la ley<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> *Ibid.*, parágrafo 274 y ss.

<sup>455</sup> *Ibid.*, párrafos 305 y 306.

<sup>456</sup> *Ibid.*, párrafos 317: “While the existence of necessity as a ground for precluding wrongfulness under international law is no longer disputed, there is also consensus to the effect that this ground is an exceptional one and has to be addressed in a prudent manner to avoid abuse (...) if strict and demanding conditions are not required or are loosely applied, any State could invoke necessity to elude its international obligations”.

A continuación, el laudo analiza si las circunstancias invocadas por las autoridades argentinas cumplen o no las exigencias contempladas en el Derecho internacional consuetudinario (labor que el mismo califica como “*very difficult task*”).

A tal efecto razona el tribunal que a) resulta posible entender que la necesidad de evitar un colapso mayor aún de la economía argentina, a la vista de la gravedad de la crisis y de las implicaciones sociales de la misma, se considerara que constituía un “interés esencial”; b) la situación existente era lo suficientemente difícil como para justificar la adopción por el gobierno de medidas que evitaran un empeoramiento de la situación y un colapso económico total; c) sin embargo, no está claro que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas fueran las únicas posibles<sup>457</sup>; d) además, las autoridades argentinas, más allá de la concurrencia de factores exógenos, contribuyeron claramente a la gestación y desarrollo de la crisis<sup>458</sup>.

Y con fundamento en el anterior análisis el laudo concluye en los siguientes términos:

*“The inevitable conclusion that requirements of necessity under customary international law have not been fully met so as to preclude the wrongfulness of the acts”*<sup>459</sup>.

Analiza igualmente el laudo la invocación por el gobierno argentino de la eximente de “estado de necesidad” con fundamento en las previsiones contenidas en el tratado sobre la promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre Argentina y Estados Unidos en 1992.

Concretamente, establece el art. IV.3 de dicho tratado lo siguiente:

“A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de

---

<sup>457</sup> *Ibid.*, párrafo 324: “*Measures adopted were not the only steps available*”

<sup>458</sup> *Ibid.*, párrafo 329: “*Government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties, they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter*”.

<sup>459</sup> *Ibid.*, párrafo 331.



terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

Por otra parte, el art. XI del propio tratado señala que:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

A juicio del tribunal es indudable que el tratado celebrado tiene como objetivo la protección de las inversiones exteriores en tiempos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven a los gobiernos a adoptar medidas adversas. La cuestión radica, por lo tanto, en determinar el grado de gravedad de las dificultades económicas que ha de concurrir:

*“A severe crisis cannot necessarily be equated with a situation of total collapse. And in the absence of such profoundly serious conditions it is plainly clear that the Treaty will prevail over any plea of necessity. However, if such difficulties, without being catastrophic in and of themselves, nevertheless invite catastrophic conditions in terms of disruption and disintegration of society, or are likely to lead to a total breakdown of the economy, emergency and necessity might acquire a different meaning”<sup>460</sup>.*

Pues bien, el tribunal entiende que la crisis argentina “*was severe but did not result in total economic and social collapse*”, debiendo tenerse en cuenta que en el marco de otras crisis económicas contemporáneas habidas en otras regiones del mundo no se derogaron las obligaciones internacionales asumidas por los correspondientes Estados en virtud de contratos o tratados sino, a lo sumo, se procedió a su renegociación, adaptación o aplazamiento<sup>461</sup>.

El tribunal entiende esencial determinar si el art. XI del tratado puede interpretarse en el sentido de que la expresión “intereses esenciales de seguridad” comprende en su seno los derivados de una situación de “emergencia económica”.

---

<sup>460</sup> *Ibid.*, párrafo 354.

<sup>461</sup> *Ibid.*, párrafo 355.

Aunque su tenor literal no se refiere a las crisis o dificultades económicas, nada en el propio tratado o en el Derecho internacional consuetudinario excluye del ámbito del art. XI las crisis económicas de cierta entidad.

Considera el tribunal, por otra parte, que dicho precepto no establece una cláusula *self-judging* (que faculte al Estado parte afectado para determinar, sin posibilidad de revisión judicial, la existencia y el alcance de los “intereses esenciales de seguridad” afectados y las medidas que hayan de adoptarse para protegerlos) y afirma que las cuestiones relativas a las inversiones y al comercio, por lo general, no inciden sobre la seguridad.

A tal efecto, el laudo señala que:

*“In the context of what a State believes to be an emergency, it will most certainly adopt the measures it considers appropriate without requesting the views of any court. However, if the legitimacy of such measures is challenged before an international tribunal, it is not for the State in question but for the international jurisdiction to determine whether the plea of necessity may exclude wrongfulness. It must also be noted that clauses dealing with investments and commerce do not generally affect security as much as military events do and, therefore, fall outside the scope of such dramatic events.*

*(...) It is a substantive review that must examine whether the state emergency meets the conditions laid down by customary international law and the treaty provisions and whether it thus is or is not able to preclude wrongfulness”<sup>462</sup>.*

Por último y respecto del art. IV.3 del tratado, entiende el tribunal que el mismo simplemente ofrece un suelo en cuanto al tratamiento a dispensar al inversor en relación con las medidas adoptadas para reparar los perjuicios irrogados durante la situación de emergencia, tratamiento que no habrá de diferir del aplicable a los nacionales o a otros inversores extranjeros.

En todo caso, dicho precepto no deroga los derechos que correspondan al inversor extranjero bajo el tratado limitándose a asegurar que cualesquiera medidas dirigidas a

---

<sup>462</sup> *Ibid.*, párrafos 373 y 374.

mitigar o minimizar las pérdidas le serán aplicadas también a aquél de una manera no discriminatoria<sup>463</sup>.

También en relación con la crisis argentina de 2001-2002, el asunto *Suez c. Argentina*<sup>464</sup> analiza la conformidad con diversos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores distintos actos y omisiones de las autoridades argentinas, incluido el supuesto incumplimiento o la negativa a aplicar ajustes previamente convenidos en los mecanismos de cálculo y de revisión de tarifas en relación con la concesión para el suministro de agua potable y de saneamiento de Buenos Aires y otros municipios aledaños.

El servicio de suministro de agua potable y de saneamiento de la Ciudad de Buenos Aires y de su área metropolitana fue privatizado por el gobierno argentino en 1989, celebrándose en el mes de abril de 1993 el correspondiente contrato de concesión por plazo de treinta años con la mercantil Aguas Argentinas, S.A., participada por empresas de nacionalidad francesa, española y británica.

El contrato de concesión celebrado obligaba a la sociedad concesionaria a acometer cuantiosas inversiones, para lo cual la misma obtuvo financiación ajena denominada en dólares estadounidenses. Hacia finales de 2001 la inversión acumulada realizada por Aguas Argentinas, S.A. superaba los 1.700 millones de dólares, habiéndose producido un sustancial crecimiento de los parámetros más relevantes (número de usuarios/accesos, volumen de agua producida/tratada, longitud de las redes).

El marco regulador y el contrato de concesión se mantuvieron relativamente estables durante el período comprendido entre 1993 y 2001. Uno y otro contemplaban sistemas de revisión de tarifas (en dicho período se efectuaron dos revisiones extraordinarias de las mismas, la primera para acometer una inversión no programada y la segunda para hacer frente a diversas circunstancias imprevistas), programación de inversiones y otros mecanismos para afrontar situaciones cambiantes e inesperadas.

Las medidas adoptadas por las autoridades argentinas en 2000 y 2001 redujeron los ingresos e incrementaron los costes de la sociedad concesionaria.

---

<sup>463</sup> *Ibid.*, párrafo 375.

<sup>464</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, CIADI, caso n°. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010.

Así, la ley de 6 de enero de 2002 puso término a la paridad entre el peso y el dólar, derogó los mecanismos de revisión de tarifas de contratos de servicios públicos con arreglo a índices y facultó a las autoridades gubernamentales para renegociar los mismos sobre bases diferentes de las que integraban el marco regulatorio bajo el que fueron adjudicados.

Por su parte, el incremento de los costes de la sociedad concesionaria, particularmente de los financieros, se tradujo en la producción de pérdidas y en la adquisición de los préstamos otorgados a dicha sociedad por sus accionistas.

El incumplimiento por la sociedad concesionaria de sus compromisos de inversión se tradujo en la imposición de multas por las autoridades argentinas que, por otra parte, desestimaron la solicitud de terminación del contrato presentada en 2005 por los accionistas de la sociedad concesionaria. Finalmente, en marzo de 2006 el gobierno argentino resolvió el contrato de concesión por supuestos incumplimientos de la sociedad concesionaria, transfiriendo los activos a una sociedad pública.

El tribunal arbitral, en línea con el criterio sentado en otros muchos asuntos<sup>465</sup>, entiende que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas para hacer frente a la crisis económica y social de 2001-2002 no constituyen una expropiación indirecta de la inversión toda vez que no dan lugar a una privación sustancial y permanente de la misma (*“did not amount to a permanent, substantial deprivation of the economic substance”*), debiendo reconocerse el legítimo derecho de los Estados a regular y ejercer sus poderes de policía en interés del bienestar general (*“State’s legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare”*) y no confundirse la regulación y las medidas que pueda adoptar el Estado en ejercicio de dichos poderes de policía con la expropiación (*“not to confuse measures of that nature with expropriation”*)<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> *Azurix Corp c. Argentina*, CIADI, caso n° ARB/01/12, laudo de 14 de julio de 2006; *Enron Corp. and Ponderosa Assets S.A. c. Argentina*, CIADI, caso n° ARB/01/3, laudo de 22 de mayo de 2007, *LG & E c. Argentina*, CIADI, caso n° ARB/02/1, laudo de 3 de octubre de 2006. Únicamente en el asunto *Siemens AG c. Argentina*, CIADI, caso n° ARB/02/8, laudo de 6 de febrero de 2007, se llegó a la conclusión diferente, aunque en relación no con las medidas de carácter general adoptadas por las autoridades argentinas sino respecto de la medida que declaró resuelto el contrato celebrado por dicha compañía.

<sup>466</sup> *Suez c. Argentina*, párrafos 137 a 139.

Tampoco entiende el tribunal que la terminación del contrato constituya una expropiación de la inversión de la demandante. Tras diferenciar entre los *acta iure imperii* (que pueden dar lugar a una expropiación) y los *acta iure gestionis* (que no permiten entenderla producida) y la diferente posición respecto de los mismos que adoptaron las autoridades argentinas, indica que las medidas adoptadas constituyen claramente un ejercicio de derechos contractuales (“*measures taken by Argentina to terminate the Concession were ostensibly an exercise of its contractual rights but not measures of expropriation*”)<sup>467</sup>.

En cuanto a la posible infracción del estándar de trato justo y equitativo, entiende el tribunal que Argentina, mediante el establecimiento de un marco regulatorio *ad hoc*, creó deliberadamente expectativas legítimas en el demandante y otros empresarios con la finalidad de obtener los capitales y el *know how* necesarios para mejorar la gestión del servicio público de suministro de agua potable y de saneamiento en Buenos Aires y su área metropolitana<sup>468</sup>.

La expectativa de que Argentina, a la vista del marco regulatorio específicamente aprobado, respetara las condiciones del contrato de concesión durante sus treinta años de vigencia era, a juicio del tribunal, legítima, razonable y justificada, habiendo el inversor extranjero realizado la inversión en función de la confianza en el mantenimiento de dicho marco<sup>469</sup>.

Respecto de las medidas de carácter general adoptadas por las autoridades argentinas para hacer frente a la crisis económico y social de 2001-2002, señala el tribunal que la recurrente negativa de dichas autoridades a acordar la revisión extraordinaria de las tarifas, después de haberse puesto de manifiesto las consecuencias de aquellas medidas sobre el contrato, y su extremada rigidez frustraron las expectativas de las demandantes, no siendo dicha actuación conforme con las exigencias que dimanaban del estándar de trato justo y equitativo.

---

<sup>467</sup> *Ibíd.*, párrafos 154 y 156

<sup>468</sup> *Ibíd.*, párrafo 227: “*Argentina through its laws, the treaties it signed, its government statements, and especially the elaborate legal framework which it designed and enacted, deliberately and actively sought to create those expectations in the Claimants and other potential investors in order to obtain the capital and technology that it needed to revitalize and expand the Buenos Aires water and sewage system*”.

<sup>469</sup> *Ibíd.*, párrafo 231.

Aunque es indudable la potestad para regular las actividades objeto del contrato de concesión que incumbe a las autoridades argentinas con arreglo al marco concretamente aplicable, incluidos la estructura tarifaria o los estándares de inversión y ejecución, la sociedad concesionaria y sus accionistas tenían la legítima expectativa de que todo ello se produciría dentro del marco regulatorio existente.

Argentina, sin embargo, se negó a aplicar las previsiones contenidas en dicho marco durante la crisis y tras la misma e, incluso, llegó a ordenar a las autoridades regulatorias la inaplicación de ciertos elementos contemplados en aquél, lo que supone un abuso de derecho (“*abuse of regulatory discretion*”)<sup>470</sup>.

Respecto de la posible concurrencia de la eximente de “estado de necesidad” con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, el tribunal afirma que la dureza de una crisis no es condición suficiente para que un Estado quede eximido de cumplir las obligaciones asumidas frente a otro Estado (y sus nacionales) en virtud de un tratado internacional. Admitir lo contrario facultaría a los Estados para no hacer frente a dichas obligaciones y pondría en solfa el sistema de relaciones internacionales<sup>471</sup>.

El tribunal consideró que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas en el marco del contrato de concesión celebrado no eran las únicas que le permitían garantizar un interés esencial.

En cuanto a la posible adopción de medidas en defensa de los intereses de seguridad esenciales, los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Argentina, por una parte, y Francia, España o Reino Unido, por otra, no contienen una previsión similar a la contenida en el art. XI del acuerdo celebrado entre aquel país y los Estados Unidos de América.

---

<sup>470</sup> *Ibíd.*, párrafos 232 y ss.

<sup>471</sup> *Ibíd.*, párrafo 258: “*The severity of a crisis, no matter the degree, is not sufficient to allow a plea of necessity to relieve a state of its treaty obligations. The customary international law, as restated by Article 25 of the ILC Articles, quoted above, imposes additional strict conditions. The reason of course is that given the frequency of crises and emergencies that nations, large and small, face from time to time, to allow them to escape their treaty obligations would threaten the very fabric of international law and indeed the stability of the system of international relations*”.

Por último, el tribunal confirma que, junto con determinados factores exógenos, Argentina contribuyó decididamente a la producción y agravamiento de la crisis económica y social de 2001-2002:

*“(...) a combination of endogenous and exogenous factors contributed to the Argentine crisis at the beginning of this century. Among Argentina’s contributing factors to the crisis were excessive public spending, inefficient tax collection, delays in responding to the early signs of the crisis, insufficient efforts at developing an export market, and internal political dissension and problems inhibiting effective policy making. In listing these factors, the Tribunal does not by any means intend to minimize the substantial external forces that were buffeting the Argentine economy. Its intent is to show that Argentina itself contributed to its situation of emergency”<sup>472</sup>.*

No concurriendo todos los requisitos contemplados en el art. 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, no pudo apreciarse en la actuación de las autoridades argentinas la eximente de “estado de necesidad”, declarándose el incumplimiento por Argentina de su obligación de dispensar al inversor exterior un trato justo y equitativo como consecuencia de las distintas medidas adoptadas.

---

<sup>472</sup> *Suez c. Argentina*, párrafo 264.

## **5.5 La modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables a la luz del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el TCE**

Uno de los asuntos en los que más claramente se ha puesto de manifiesto el conflicto que existe entre el derecho de los inversores extranjeros a la protección de sus inversiones y la facultad de los Estados receptores de las mismas de modificar sus leyes y reglamentos o de adoptar decisiones para poder atender las nuevas exigencias económicas y sociales es el de la reforma del marco jurídico aplicable en España a la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables realizada entre los años 2010 y 2013.

La UE, en ejecución de los compromisos asumidos en el marco de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992 o el Protocolo de Kioto de 11 de diciembre de 1997, adoptó en 2002<sup>473</sup> una política de reducción de gases de efecto invernadero que, entre otras medidas, contemplaba una paulatina sustitución de la generación de energía eléctrica mediante tecnologías convencionales fundamentadas en la utilización de combustibles fósiles por otra basada en la utilización de fuentes de energía renovables, biomasa y residuos.

La Directiva 2001/77/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, además de contemplar la obligación de los Estados miembros de fijar objetivos indicativos nacionales de consumo de electricidad generada a partir de dichas fuentes, siempre en el marco de los objetivos asumidos por la propia UE en el marco del Protocolo de Kioto, previó la “necesidad de ayudas públicas en favor de las fuentes de energía renovables” (considerando duodécimo), si bien asumiendo que “es demasiado pronto todavía para decidir la conveniencia de establecer un marco de ámbito comunitario para los sistemas de apoyo, habida cuenta de la escasa experiencia con los sistemas nacionales y la relativamente baja cuota de mercado de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables que se beneficia de apoyo a los precios en la Comunidad” (considerando decimoquinto) y señalando que “es necesario, no obstante, adaptar, tras un período transitorio suficiente,

---

<sup>473</sup> Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo.



los sistemas de apoyo al mercado interior de la electricidad en desarrollo” (considerando decimosexto).

España había diseñado, en el marco de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, un “régimen especial” para la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, basado en complementar la retribución obtenida por el productor con ocasión de su participación en el mercado eléctrico con una prima financiada con cargo a los peajes de acceso a las redes.

Tras diversos intentos fallidos del Gobierno español dirigidos a hacer posible un incremento significativo de la participación de las tecnologías renovables en el *mix* de generación eléctrica del país (particularmente, del plasmado en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial), el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, contempló, entre otras medidas, el derecho de los productores de electricidad en dicho régimen a percibir durante toda la vida útil de la instalación tarifas basadas en la producción, sin limitar los pagos totales a percibir, garantizando la prioridad de acceso a la red de la energía producida bajo dicho régimen y facultando a los productores acogidos al mismo a elegir anualmente entre una tarifa fija por unidad de producción o una prima adicional al precio de mercado por dicha unidad.

En cuanto a la vigencia en el tiempo del anterior sistema, el art. 44.3 del Real Decreto 661/2007 previó la revisión de las tarifas y primas en 2010, aunque especificando que la revisión no afectaría a las instalaciones puestas en servicio dentro de ciertos plazos (es decir, no tendría eficacia retroactiva).

Concretamente, dicha norma dispuso lo siguiente:

“Durante el año 2010, [...] se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto, atendiendo a los costes asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores.

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión”.

El Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre de 2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología, reconoció que “el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica está siendo muy superior al esperado”, razón por la cual, entre otras modificaciones, “modifica el régimen económico a la baja, siguiendo la evolución esperada de la tecnología, con una perspectiva a largo plazo” (exposición de motivos), previendo que dicho régimen fuera de aplicación únicamente a las instalaciones de tecnología fotovoltaica que obtuvieran su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial (RAIPRE) con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 (art. 2).

No obstante las anteriores previsiones y a la vista del elevado déficit tarifario (diferencia entre los ingresos obtenidos con ocasión de la venta de la electricidad y los costes del sistema eléctrico) generado por el sector eléctrico y de la contribución al mismo de las crecientes cantidades que debían destinarse a la financiación del “régimen especial” de generación eléctrica, el Gobierno aprobó directamente o impulsó la aprobación por las Cortes Generales de normas que modificaron, primero, y derogaron, después, el Real Decreto 661/2007, el Real Decreto 1578/2008 y sus disposiciones de desarrollo, estableciendo un nuevo marco regulador para la actividad de generación de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, biomasa y residuos.

Entre ellas destacaron, en un primer momento, el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (que suprimió la percepción de la tarifa regulada a partir del vigésimo sexto año (luego ampliado hasta el trigésimo) lo que suponía que a partir de este momento las plantas pasaban a percibir el precio de mercado), el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (que limitó las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas),

el Real Decreto Ley 1/2012 de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de reasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (que estableció un impuesto de 7% sobre el valor total de toda la energía vertida a la red por los productores de energía y eliminó las primas para la electricidad generada con gas) y el Real Decreto-Ley 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (que sustituyó el IPC que servía para la actualización de las primas por el “Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos” y suprimió una de las dos opciones de venta de la energía producida en instalaciones acogidas al régimen especial, concretamente, la relativa a la prima adicional a la retribución obtenida en el mercado).

Y, tras todas las anteriores medidas, 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 (que modifica el art. 30 de la Ley 54/1997 en cuanto a la retribución de la actividad de generación y mandata al Gobierno para aprobar un real decreto que contemple el régimen jurídico y económico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada y “que modificará el modelo retributivo de las instalaciones existentes”, modelo que “se ajustará a los criterios previstos en el artículo 30 de la Ley 54/1997” y “será de aplicación desde la entrada en vigor del presente real decreto ley” y deroga los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2010), primero, y la Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (que establece *ex novo* un régimen de “retribución específica” de carácter excepcional para seguir fomentando la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos (art. 14) y que se asigna en régimen de concurrencia competitiva y no como consecuencia de la inscripción de la instalación en el registro administrativo), después, modificaron sustancialmente el régimen retributivo de la indicada actividad de generación eléctrica.

Son muchos los inversores extranjeros que han entendido que los importantes cambios introducidos en el régimen jurídico y económico de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos y aplicable a las inversiones por los mismos realizadas suponen una violación del Tratado sobre la Carta de Energía -norma que prohíbe las expropiaciones indirectas y obliga a los

Estados parte a dispensar a los inversores de otro Estado parte y a sus inversiones un trato justo y equitativo- y que han optado por demandar al Reino de España con fundamento en dicho Tratado<sup>474</sup>.

Obviamente, excede del alcance de la presente tesis analizar todos y cada uno de los procedimientos arbitrales iniciados por inversores extranjeros frente al Reino de España por razón de la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología renovable y sus diversas vicisitudes<sup>475</sup>. Y es que, como señala REQUENA CASANOVA, nos encontramos ante “una de las sagas más prolíficas en el arbitraje de inversión contemporáneo”<sup>476</sup>.

Es por lo anterior que a continuación nos limitaremos, únicamente, a identificar los principales argumentos utilizados por los tribunales arbitrales a los que se ha encomendado la resolución de los procedimientos arbitrales iniciados frente al Reino de España por razón de dicha modificación para determinar si ha violentado o no las obligaciones que le incumben bajo el TCE respecto de los inversores extranjeros y, concretamente, si ha dispensado o no a las inversiones por ellos realizadas un trato justo y equitativo.

El laudo del asunto *Charanne c. España*<sup>477</sup> fue el primero dictado por razón de una reclamación formulada frente al Reino de España como consecuencia de la modificación

---

<sup>474</sup> Son diversas las obras que se han escrito sobre la cuestión de los arbitrajes de inversiones iniciados frente al Reino de España. Vid. por ejemplo, REQUENA CASANOVA, M. (2019), “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N.º. 42, págs. 71-108 (puede accederse también a través de <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/mrequena-publicaciones/los-arbitrajes-de-inversiones-contra-espana-por-los-recortes-a-las-energias-renovables.pdf>, a. 1/6/2021). También sobre esta materia, vid. FERNÁNDEZ MASÍA, E. (2017) “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, N.º. 2, págs. 666-676; LEIVA LÓPEZ, A.D. (2020) “Los inversores en energías renovables en España: litigiosidad y nuevo marco retributivo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º. 24, págs. 271-289; LÓPEZ ESCUDERO, M. (2014) “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, Colección Escuela Diplomática*, n.º 20, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, págs. 223-265.

<sup>475</sup> Según consulta realizada el 1 de junio de 2021 en la página web del TCE (<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>), a 15 de enero de 2021 se habían iniciado un total de 135 procedimientos arbitrales por diversas violaciones de dicho instrumento internacional, estando dirigidos un total de 48 frente al Reino de España. Los mismos aparecen relacionados en el Anexo 1.

<sup>476</sup> REQUENA CASANOVA, M. (2019), *Op. Cit.* pág. 4.

<sup>477</sup> *Charanne B.V. and Constructions Investments S.à.r.l v. Spain*, SCC Caso No. V (062/2012), laudo de 21 de enero de 2016.

del marco jurídico aplicable a la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables<sup>478</sup>.

En dicho laudo el tribunal analizó la supuesta violación por el Reino de España de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones cubiertas por el TCE como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1565/2010 y del Real Decreto-Ley 14/2010.

El Tribunal dejó fuera de su análisis, por razones temporales (no encontrarse en vigor al tiempo de ejecutarse la inversión), las modificaciones de mayor entidad operadas por normas posteriores, particularmente, por el Real Decreto-ley 9/2013.

El tribunal arbitral afirma respecto del expresado estándar que los Estados deben actuar de buena fe, no pudiendo generar en los inversores extranjeros expectativas legítimas para luego defraudarlas:

“El Tribunal comparte al respecto la posición de los tribunales que han estimado, con base en el principio de buena fe de derecho internacional consuetudinario, que un Estado no puede inducir [a] un inversor a realizar una inversión, generando expectativas legítimas, para luego desconocer los compromisos que hayan generado dichas expectativas”<sup>479</sup>.

Para poder determinar si ha existido o no una violación del estándar de trato justo y equitativo el laudo analiza, en primer lugar, si han podido existir “compromisos específicos” asumidos por el Estado receptor de la inversión; segundo, si han podido nacer “expectativas legítimas” con fundamento en el marco jurídico mismo; y, tercero, si dichas expectativas podrían frustrarse aun en ausencia de compromisos específicos como consecuencia de “conductas estatales” no razonables económicamente o contrarias al interés público o al principio de proporcionalidad.

---

<sup>478</sup> El laudo dictado en el asunto *Charanne c. España* ha sido objeto de diversos estudios específicos. Vid., por ejemplo, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (2017) “El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso "Charanne B. V. y Construction Investment S. A. R. L. vs Reino de España", *Revista de Administración Pública*, N° 202, págs. 223-253; o PASCUAL VIVES, F.J. (2016) “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y construction investments c. España (fondo)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, n° 2, págs. 369-377.

<sup>479</sup> *Charanne c. España*, párrafo 486.

Y el tribunal llega a la conclusión de que el Reino de España no asumió compromisos específicos frente al demandante:

“Este tipo de compromisos se hubiese podido realizar con base en una cláusula de estabilización, o con cualquier tipo de declaración que el Estado haya dirigido a los inversores, según las cuales el marco regulatorio existente no cambiaría. Las Demandantes no fueron destinatarias de ninguna declaración de este tipo”<sup>480</sup>.

Para dicho órgano el ordenamiento jurídico en sí mismo considerado no puede constituir un compromiso específico:

“Aunque los RD 661/2007 y 1578/2008 estuvieran dirigidos a un grupo limitado de inversores, eso no los convierte en compromisos específicamente dirigidos a cada uno de ellos. Las normas en discusión no pierden, por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos constituiría una limitación excesiva de la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general”<sup>481</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal se plantea si el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de realizar la inversión pudo hacer nacer en el inversor extranjero algún tipo de expectativa legítima, y, tras señalar que “la valoración de las expectativas del inversor debe fundarse en un estándar o análisis objetivo, no siendo suficiente la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión” y que la expectativa debe ser “razonable”, llega a la conclusión, en el caso concreto, de que, no obstante la voluntad del Reino de España de promover y de atraer inversiones, los documentos empleados con dicho fin “no son suficientemente específicos como para haber generado expectativa alguna en cuanto al hecho de que los RD 661/2007 y 1578/2008 no iban a ser modificados”<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> *Ibid.*, parágrafo 490.

<sup>481</sup> *Ibid.*, parágrafo 493.

<sup>482</sup> *Ibid.*, párrafos 495 y 497.

Y afirma que “un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea cambiada” para “adaptarla a las necesidades del mercado y del interés público”<sup>483</sup>.

Admitir dicha expectativa “sería, en efecto, equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable a las plantas elegibles, aunque las circunstancias puedan cambiar (...) sería equivalente a la [situación] resultante de la firma por el Estado de un acuerdo de estabilización o de la adopción de un compromiso de no modificar el marco regulatorio”<sup>484</sup>.

El laudo arbitral considera relevante el deber del inversor de conocer el marco jurídico aplicable, resultando que el Tribunal Supremo ya se había pronunciado acerca de la conformidad a Derecho de los cambios regulatorios discutidos en el procedimiento o de otros realizados con anterioridad, afirmando que “para poder ampararse en expectativas legítimas, los Demandantes deberían haber realizado un análisis diligente del marco jurídico de su inversión”<sup>485</sup>.

Respecto de la exigencia de “proporcionalidad” de las conductas estatales, el tribunal considera 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”, resultando que las normas de 2010 “no han suprimido estas características”<sup>486</sup>.

En cuanto a la necesidad de que los cambios estén presididos por la racionalidad económica y no sean contrarios al orden público, entiende el tribunal arbitral que las medidas contempladas en las normas discutidas “no pueden ser tachadas de irracionalidad” pues “responden a criterios objetivos” y no violentan el orden público,

---

<sup>483</sup> *Ibíd.*, párrafo 499.

<sup>484</sup> *Ibíd.*, Parágrafo 503.

<sup>485</sup> *Ibíd.*, párrafo 505. Se refiere, por ejemplo, a la STS de 15 de diciembre de 2005, en la que se afirma que “ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio potestad reglamentaria y de amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE”.

<sup>486</sup> *Ibíd.*, párrafos 517 y 519

llegando a la conclusión de que el Reino de España no ha violado su obligación de conceder al inversor extranjero un trato justo y equitativo<sup>487</sup>.

En el Asunto *Isolux c. España*<sup>488</sup> el tribunal arbitral señala que no existe en el art. 10.1 del TCE una “obligación autónoma para las Partes Contratantes de fomentar y crear condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio cuya violación per se generaría derechos a favor de los inversores de otra Parte Contratante”<sup>489</sup>.

El laudo dictado en el referido asunto, sin embargo, parece ampliar el ámbito de las expectativas legítimas de los inversores a aquellos supuestos en los que las normas están específicamente destinadas a captar la inversión exterior y en los que los inversores extranjeros confían de cara a realizar la misma, trayendo a tal efecto a colación las siguientes palabras de la UNCTAD:

*“Arbitral decisions suggests [...] that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment”*<sup>490</sup>.

Y añade que para que puedan existir expectativas legítimas susceptibles de ser vulneradas “las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas”<sup>491</sup>.

Pues bien, el laudo concluye que al tiempo de la inversión el marco regulatorio existente no podía generar para la demandante una expectativa legítima de que el mismo no sería modificado, toda vez que en dicho momento dicho marco “ya había sido modificado y estaba siendo objeto de varios estudios que hacían su revisión inevitable”

---

<sup>487</sup> *Ibid.*, párrafos 534, 535 y 540.

<sup>488</sup> *Isolux Netherlands, BV v. Spain*, SCC caso n° V2013/153, laudo de 17 de julio de 2016.

<sup>489</sup> *Ibid.*, párrafo 764.

<sup>490</sup> *Ibid.*, párrafo 775. La cita corresponde a UNCTAD (2012), *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. A sequel*, United Nations, pág. 69. Puede localizarse en [https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf) (a. 1/6/2021).

<sup>491</sup> *Ibid.*, párrafo 781.



y, además, la “legalidad de estas modificaciones sucesivas había sido verificada por varias sentencias del Tribunal Supremo español”, de forma que “ningún inversor razonable podía tener la expectativa de que este marco no sería modificado en el futuro y quedaría inmutable” y que “en octubre de 2012, todos los inversores sabían o tenían que saber que el sistema iba a ser modificado”<sup>492</sup>, razones todas ellas que llevan al tribunal a entender que no se ha acreditado la violación del estándar de trato justo y equitativo.

Los dos laudos anteriormente analizados desestiman las demandas formuladas frente al Reino de España por razón de la modificación del régimen jurídico y económico de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables sobre la base de la concurrencia de unas circunstancias muy concretas: la imputación de la violación del estándar de trato justo y equitativo a unas normas que introducen en la regulación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad con tecnología renovable cambios imprevisibles pero de escasa entidad (asunto *Charanne*) o previsibles y, en cierta forma, validados por los tribunales nacionales (asunto *Isolux*).

En los laudos dictados con posterioridad, sin embargo, se analizan las relevantes modificaciones de dicho régimen -en puridad, su derogación y sustitución por otro totalmente diferente- por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio y sus normas de desarrollo (Real Decreto 413/2014 y Orden IET/1045/2014).

En el asunto *Eiser c. España*<sup>493</sup>, relativo a los efectos de las expresadas normas sobre una instalación de generación de energía eléctrica con tecnología termosolar titularidad de las demandantes<sup>494</sup>, el tribunal arbitral únicamente analiza, por razones de “economía judicial”, la posible violación del estándar de trato justo y equitativo que los Estados parte del TCE deben dispensar a las inversiones realizadas por inversores de otros Estados parte (sin analizar la posible existencia de una expropiación indirecta, igualmente

---

<sup>492</sup> *Isolux c. España*, parágrafo 787, 789 y 803.

<sup>493</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Spain*, CIADI, caso n° ARB/13/36, laudo de 4 de mayo de 2017. Este laudo fue anulado por Decisión de 11 de junio de 2020 del Comité ad hoc del CIADI como consecuencia de la constitución incorrecta del tribunal arbitral y el grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento (la existencia de un conflicto de interés no declarado en uno de los árbitros).

<sup>494</sup> Sobre el asunto *Eiser*, vid. ALONSO MAS, M.J. (2019) “Las secuelas del laudo Eiser”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n°. 50, 2019; ALONSO MAS, M.J. (2017), “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: el caso Eiser contra España”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, N°. 69 págs. 8-25; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. (2017), “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los «recortes» en el ámbito de las energías renovables”, *Diario La Ley*, n° 9013.

prohibida por el TCE), toda vez que dicho estándar “proporciona el contexto jurídico más adecuado para evaluar la compleja situación de hecho que se presenta en este caso”<sup>495</sup>.

Constituye lo anterior una buena prueba de la amplitud y flexibilidad del estándar de trato justo y equitativo, estándar que puede albergar en su seno la de otros estándares habitualmente incluidos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los acuerdos de protección de inversiones incluidos en los acuerdos de libre comercio (particularmente, de la prohibición de las expropiaciones o medidas equivalentes a la expropiación que no se ajusten a determinadas características).

El tribunal del asunto *Eiser*, después de reiterar que el estándar de trato justo y equitativo “no otorga un derecho de estabilidad regulatoria per se” y que “el estado tiene un derecho a regular, y los inversores deben esperar que la legislación cambiará, si no existe una cláusula de estabilización u otra garantía específica que genere una expectativa legítima de estabilidad”, se pregunta “en qué medida las protecciones que ofrecen los tratados y, en particular, la obligación de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo conforme al TCE, se pueden invocar y dar lugar a un derecho de compensación como resultado del ejercicio del reconocido derecho a regular de un Estado”<sup>496</sup>.

Y responde afirmando que el estándar de trato justo y equitativo protege a los inversores extranjeros frente a un “cambio fundamental” o un “cambio total e irrazonable” del marco regulatorio que desconozca las inversiones que hayan podido realizarse con fundamento en el régimen previamente vigente:

“El Tribunal resuelve que la obligación del Demandado en virtud del TCE de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo sí protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una forma que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior. El TCE no le prohibía a España realizar cambios apropiados en el régimen regulatorio del RD 661/2007 (...) Sin embargo, el TCE sí protegía a las Demandantes frente al cambio total e irrazonable que experimentaron”<sup>497</sup>.

El nuevo sistema resultante del Real Decreto Ley 9/2013, del Real Decreto 413/2014 o de la Orden IET/1045/2014 se califica como “profundamente injusto e

---

<sup>495</sup> *Eiser c. España*, parágrafo 353

<sup>496</sup> *Ibid.*, parágrafo 362.

<sup>497</sup> *Ibid.*, parágrafo 363.

inequitativo en el modo en que se aplicó a la inversión existente de las Demandantes, despojando a las Demandantes prácticamente de todo el valor de su inversión”<sup>498</sup>.

El mismo se entiende que “se basó en supuestos muy diferentes, y empleó un enfoque normativo nuevo y nunca probado, todo con el objeto de reducir de manera significativa los subsidios otorgados a las plantas existentes (...)”<sup>499</sup>.

Aunque reconoce que España tuvo que hacer frente a un “legítimo problema de política pública con su déficit tarifario”, y se califican como “razonables” las “medidas adoptadas para lidiar con la situación”, el tribunal recuerda que:

“[L]a obligación que establece el Artículo 10(1) de otorgar trato justo y equitativo necesariamente conlleva una obligación de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores al realizar inversiones a largo plazo. Esto no quiere decir que los regímenes regulatorios no puedan evolucionar. Claramente pueden hacerlo. “[L]as expectativas legítimas de cualquier inversor [...] [deben] contemplar la posibilidad real de que se instrument[en] cambios y modificaciones razonables en el marco legal por parte de las autoridades competentes, dentro de los límites de las facultades que les fueron conferidas por ley”. Sin embargo, la obligación contenida en el Artículo 10(1) de otorgar trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión”<sup>500</sup>.

Dicha “alteración radical” o dicha actuación contraria a la expresada “estabilidad fundamental” de las características esenciales del marco legal que sirvió de base a los inversores extranjeros para acometer sus inversiones unida a la privación del valor de la inversión se entiende que violenta la obligación del Reino de España de dispensar a los mismos un trato justo y equitativo.

En el asunto *Novenergia c. España*<sup>501</sup> el tribunal analiza en qué medida el Estado huésped, como consecuencia de su conducta y con ocasión de sus afirmaciones, ha hecho

---

<sup>498</sup> *Ibid.*, párrafo 365.

<sup>499</sup> *Ibid.*, párrafo 365 y 391.

<sup>500</sup> *Ibid.*, párrafo 382.

<sup>501</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxemburgo), SICAR v. Spain*, SCC, caso n.º. 2015/063, laudo de 15 de febrero de 2018. La ejecución del laudo fue suspendida por un tribunal sueco, habiéndose solicitado (sin éxito) ante el mismo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

nacer en el demandante una legítima y razonable expectativa de que la regulación se mantenga estable.

Para dicho tribunal no hay ninguna duda de que la Ley 54/1997 y el Real Decreto 661/2007 contemplaron un marco regulatorio (el “régimen especial”) que generó un clima muy favorable para la inversión en energía renovables.

Concretamente, entiende que el Estado hizo las siguientes “declaraciones o garantías”:

*“In the Tribunal's view, a number of relevant statements or assurances were made by the Respondent with respect to the Special Regime, as initially introduced through Law 54/1997 and further developed by RD 661/2007 and legislation in-between:*

*e) In Law 54/1997, it was stated that RE facilities admitted to the Special Regime would be authorized to incorporate "all the energy produced by them into the system" and would "obtain reasonable rates of return" as set by the government.*

*(f) RD 436/2004 was enacted as expressly aiming at "provid[ing] those who have decided or will decide in the near future to opt for the special regime with a durable, objective, and transparent framework".*

*(g) Under RD 436/2004, PV plants were entitled to incorporate into the grid all of the electric energy produced in exchange for a FIT or premium for the lifespan of the PV plants.*

*(h) Under RD 661/2007, which replaced RD 436/2004, PV plants enrolled in the RAIPRE before the cut-off date would be entitled to (i) incorporate all of their net production into the grid; (ii) a FIT that would only be updated in accordance with the national CPI, and (iii) receive a fixed FIT for the lifespan of the PV plants”<sup>502</sup>.*

Y entiende que dichas “declaraciones y garantías” estaban “destinadas a incentivar la inversión” en el sector eléctrico español (“*were indeed aimed at incentivising companies to invest heavily in the Spanish electricity sector*”) y fueron “muy claras” (“*the commitments from the Kingdom of Spain could not have been clearer*”), de forma que un

---

<sup>502</sup> *Novenergía c. España*, parágrafo 666.

buen número de compañías de energía renovables, incluida la demandante, invirtieron con fundamento en las mismas<sup>503</sup>.

Tras llegar a la conclusión de que el demandante ostenta una expectativa legítima de que no se producirán cambios radicales o sustanciales del régimen especial diseñado en el Real Decreto 661/2007, con fundamento en los compromisos asumidos en virtud del mismo y las declaraciones relacionadas realizadas por el Reino de España<sup>504</sup>, el tribunal analiza si la legislación aprobada con posterioridad (particularmente, el Real Decreto-Ley 9/2013 y las normas posteriores de desarrollo, no analizadas en los asuntos *Charanne e Isolux*) constituye o no una violación del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el art. 10.1 del TCE.

Así y respecto de las normas aprobadas en 2010 (Real Decreto 1565/2010 o Real Decreto-Ley 14/2010), que limitaron el número de años y de horas anuales durante las que se tenía derecho a percibir las tarifas contempladas en el Real Decreto 661/2007 o en el Real Decreto 1578/2008, el tribunal arbitral entiende que no alcanzan el nivel de una infracción del estándar de trato justo y equitativo, no pudiendo entenderse como razonable la expectativa del inversor de que no exista cambio alguno que pueda devaluar su inversión, atendida la potestad regulatoria del Estado para hacer frente al déficit de tarifa, entendiéndose que aquellas normas no se sitúan fuera del “rango aceptable” para el comportamiento legislativo y regulatorio:

*“The Tribunal understands the Kingdom of Spain's motivations in this respect and accepts that there was not only a need to address the tariff deficit, but also that the Kingdom of Spain had a regulatory right to do so, albeit not an unfettered right. The measures enacted in 2010 did not, in the Tribunal's view, “fall outside the acceptable range of legislative and regulatory behavior”. Put differently, those measures cannot be considered as having “entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”<sup>505</sup>.*

Respecto de la infracción del estándar de trato justo y equitativo que el demandante imputa a la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, por la que se crea el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía

---

<sup>503</sup> *Ibid.*, parágrafo 667.

<sup>504</sup> *Ibid.*, parágrafo 681.

<sup>505</sup> *Ibid.*, parágrafo 688.

eléctrica (tributo que grava al tipo del 7% el importe total a que tenga derecho el contribuyente por razón de la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica), el tribunal entiende que se trata de una medida tributaria no discriminatoria sin que conste que haya sido adoptada de mala fe, declarando su falta de jurisdicción (al excluir el art. 21.7.a.i) del TCE de su ámbito las medidas tributarias adoptadas de buena fe por el Estado receptor de la inversión)<sup>506</sup>.

Sin embargo y tratándose de las normas aprobadas a partir de 2013 -que derogan el Real Decreto 661/2007 y establecen un nuevo sistema retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología renovable- el tribunal entiende, con fundamento en un ejercicio de equilibrio (“*balancing exercise*”) entre los intereses regulatorios del Estado y las expectativas legítimas del inversor y tomando en consideración las declaraciones y garantías realizadas por el Reino de España y los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 9/2013, que las medidas impugnadas son radicales e inesperadas (“*radical and unexpected*”) y que la forma en que las mismas se adoptaron se sitúa fuera del rango de comportamiento regulatorio y legislativo aceptable al haber transformado completamente el marco legal y el clima de negocios bajo el que se decidió y ejecutó la inversión por el demandante e irrogado un perjuicio económico significativo al mismo:

*“The manner in which the Kingdom of Spain adopted the measures including and subsequent to RDL 9/2013 fell “outside the acceptable range of legislative and regulatory behavior” and “entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”. Moreover, the challenged measures adopted in 2013 and 2014 had a significant damaging economic effect on the Claimant’s investments (...) In the Tribunal’s view, the measures implemented in 2013 and 2014 by the Respondent certainly constitute a substantial deprivation of the Claimant’s investment. Consequently, the Tribunal considers the Kingdom of Spain’s actions as drastic and unexpected in a manner that is contrary to the Kingdom of Spain’s obligation to provide FET to investors”*<sup>507</sup>.

Consiguientemente, el tribunal entiende que el Reino de España violentó con su actuación el estándar de trato justo y equitativo.

---

<sup>506</sup> *Ibid.*, párrafos 518 y 524-525.

<sup>507</sup> *Ibid.*, párrafo 695.

En el asunto *Masdar c. España*<sup>508</sup> el tribunal parte de entender que el estándar de trato justo y equitativo tiene como finalidad garantizar que un inversor pueda confiar en que el marco legal bajo el que realizó la inversión no sea modificado de manera irrazonable o injustificada o contraria a los compromisos específicos asumidos con el inversor:

*“The Tribunal is in no doubt that the FET constitutes a standard the purpose of which is to ensure that an investor may be confident that (i) the legal framework in which the investment has been made will not be subject to unreasonable or unjustified modification; and (ii) the legal framework will not be subject to modification in a manner contrary to specific commitments made to the investor”*<sup>509</sup>.

Tras reconocer el derecho de cualquier Estado a modificar su legislación, recalca que el mismo no tiene carácter ilimitado (*“that right is not unfettered”*), siendo esencial determinar qué tipo de compromisos pueden hacer nacer expectativas legítimas protegidas (*“the question is therefore to determine which kind of specific commitments can give rise to protected legitimate expectations”*)<sup>510</sup>.

Al margen de las expectativas legítimas que puedan resultar de las representaciones específicas realizadas por el Estado receptor de la inversión (p.ej. cláusulas de estabilización), el tribunal entiende que aquéllas pueden surgir igualmente de la legislación aplicable con carácter general, resultando preciso en este último caso que el estándar de diligencia empleado por el demandante sea elevado.

El tribunal toma en consideración las observaciones realizadas por el tribunal arbitral en el asunto *El Paso c. Argentina*<sup>511</sup>:

*“375. A reasonable general regulation can be considered a violation of the FET standard if it violates a specific commitment towards the investor. The Tribunal considers that a special commitment by the State towards an investor provides the latter with a certain protection against changes in the legislation, but it needs to discuss more thoroughly the concept of ‘specific*

---

<sup>508</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*, CIADI, caso n°. ARB/14/1, laudo de 16 de mayo de 2018. El Reino de España ha solicitado ante el CIADI la anulación del laudo y la suspensión de su ejecución.

<sup>509</sup> *Ibid.*, parágrafo 484.

<sup>510</sup> *Ibid.*, párrafos 486 y 489.

<sup>511</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/15, laudo de 31 de octubre de 2011.

*commitments.’ In the Tribunal’s view, no general definition of what constitutes a specific commitment can be given, as all depends on the circumstances. However, it seems that two types of commitments might be considered ‘specific’: those specific as to their addressee and those specific regarding their object and purpose.*

*376. First, in order to prevent a change in regulations being applied to an investor or certain behavior of the State, there can indeed exist specific commitments directly made to the investor – for example in a contract or in a letter of intent, or even through a specific promise in a person-to-person business meeting – and not simply general statements in treaties or legislation which, because of their nature of general regulations, can evolve. The important aspect of the commitment is not so much that it is legally binding – which usually gives rise to some sort of responsibility if it is violated without a need to refer to FET – but that it contains a specific commitment directly made to the investor, on which the latter has relied.*

*377. Second, a commitment can be considered specific if its precise object was to give a real guarantee of stability to the investor. Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behavior of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely”.*

La cuestión, por lo tanto, radica en determinar si las medidas adoptadas en el caso concreto exceden de los poderes regulatorios normales del Estado y violentan las expectativas legítimas del inversor.

Tras señalar que eran varias las circunstancias existentes al tiempo en que Masdar realizó la inversión que permitían confiar en el mantenimiento del régimen contemplado en el Real Decreto 661/2007 (haciéndose particular referencia a su art. 44.3<sup>512</sup>) y constatar la diligencia utilizada por la demandante en dicho tiempo, el tribunal llega a la conclusión de que ésta tenía la expectativa legítima de que las leyes no serían modificadas, expectativa que puede equipararse a una cláusula de estabilización (“*it had a legitimate*

---

<sup>512</sup> Dicho precepto contemplaba la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en el propio Real Decreto, si bien indicaba dichas revisiones “*no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión*”.



*expectation that the laws would not be modified, as they included stabilisation clauses”*)<sup>513</sup>.

E incluso en el supuesto de que se considerara que no resulta posible entender que puedan nacer expectativas legítimas a favor de los inversores con fundamento en la legislación general (que puede cambiar siempre que no se violenten los derechos humanos o el *ius cogens*), el tribunal se refiere a diversos compromisos específicos realizados por las autoridades españolas en relación con las plantas de generación de la demandante y, particularmente, a las resoluciones dictadas con ocasión del registro de las mismas en el RAIPRE y a la contestación a unas concretas solicitudes de aclaración del régimen económico a ellas aplicable durante toda su vida útil por cuya virtud las autoridades españolas especificaron que la retribución aplicable, en dicho momento, consistía en las tarifas, primas, límites superior e inferior y suplementos establecidos en el Real Decreto 661/2007:

*“Currently, and by virtue of the provisions of section 1 of the fifth transitional provision of Royal-Decree-law 6/2009, dated 30 April, the retribution applicable to the installations consists of the tariffs, premiums, upper and lower limits and supplements established in Royal Decree 661/2007, dated 25 May [...]”*”.

Pues bien, a juicio del tribunal y con fundamento en lo anterior (es decir, independientemente de si de la legislación general nacen o no expectativas legítimas) es indudable que la demandante ostentaba una expectativa legítima de que se mantuviera inalterado el régimen contemplado en el Real Decreto 661/2007:

*“It would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their “operational lifetime”*<sup>514</sup>.

En el asunto *Antin c. España*<sup>515</sup> el tribunal arbitral, partiendo de que la estabilidad del ordenamiento jurídico forma parte del estándar de trato justo y equitativo tal y como lo define el art. 10.1 del TCE, considera que el mismo, aun sin suprimir o condicionar

---

<sup>513</sup> *Masdar c. España*, parágrafo 499.

<sup>514</sup> *Ibid.*, parágrafo 520.

<sup>515</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. v. Spain*, CIADI, caso nº ARB/13/31, laudo de 15 de junio de 2018. El Reino de España solicitó ante el CIADI la rectificación del laudo y la suspensión de su ejecución.

intensamente la capacidad regulatoria de los Estados parte, la limita en el sentido de impedir cambios inesperados y repentinos que eliminen los aspectos esenciales de un determinado régimen, no pudiendo quedar el estándar de trato justo y equitativo equiparado al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario:

*“The ECT limits the regulatory power of the signatory States but does not cancel or “extremely limit” the State’s regulatory power. However, the Tribunal does not agree with Spain in that the ECT sets no more limits on the regulatory power of States than the minimum standard of international law (...) The specific obligation of stability of the conditions for investors under the ECT does not eliminate or strictly limit the regulatory powers of States nor does it prevent Contracting States from amending existing regulations, provided that the given State does not “suddenly and unexpectedly eliminate the essential features of the regulatory framework in place”<sup>516</sup>.*

Con fundamento en lo anterior el tribunal entiende que un Estado parte del TCE debe proporcionar “estabilidad básica” a las “características esenciales del régimen legal” que pueda servir de base a inversiones a largo plazo, estabilidad que no excluye que dicho régimen pueda evolucionar o que el Estado haga uso de su potestad regulatoria para adaptarlo a las circunstancias cambiantes en beneficio del interés público aunque impide alterar radicalmente un marco regulatorio que haya sido creado específicamente para inducir inversión en el sector energético en el sentido de despojarlo de sus características esenciales:

*“This does not mean that the legal framework cannot evolve or that a State Party to the ECT is precluded from exercising its regulatory powers to adapt the regime to the changing circumstances in the public interest. It rather means that a regulatory regime specifically created to induce investments in the energy sector cannot be radically altered —i.e., stripped of its key features— as applied to existing investments in ways that affect investors who invested in reliance on those regimes”<sup>517</sup>.*

Para el tribunal arbitral lo fundamental no es si el nuevo régimen garantiza una rentabilidad razonable a la inversión sino cómo se determina la misma sobre la base de

---

<sup>516</sup> *Ibid.*, párrafos 530 y 531.

<sup>517</sup> *Ibid.*, párrafo 532.

criterios identificables, llegando a la conclusión de que bajo el régimen instaurado en el Real Decreto-ley 9/2013 su determinación depende de la discrecionalidad del Gobierno:

*“In the Tribunal’s view, considering the Parties’ respective contentions and the terms of the ECT as explained above, the issue at hand is not whether the New Regime provides a “reasonable return”, but rather how such “reasonable return” is determined. To comply with the stability and predictability requirements under the ECT, the methodology for determining the payment due to CSP installations must be based on identifiable criteria (...)*

*Based on the evidence on the record of this arbitration, the Tribunal concludes that the methodology for determining the “reasonable rate of return” under the New Regime is not based on any identifiable criteria. On the contrary, what Spain labels a “reasonable rate of return” seemingly depends on governmental discretion. This is in plain contrast with the relative precision of the Original Regime—in force when the Claimants made their investment—which provided for objective and identifiable criteria for determining the remuneration due to CSP plants, which were expressly specified in the regulation (...)<sup>518</sup>.*

Por último, el tribunal, si bien entiende que el control del déficit tarifario constituía indiscutiblemente un problema de política pública legítimo (*“it is undisputed that the Tariff Deficit poses a legitimate public policy problem for Spain”*), considera que dicho déficit ya se generaba con carácter previo a la proliferación de las instalaciones de generación con tecnología renovable y no justificaba la eliminación de las características básicas del Real Decreto 661/2007 y su sustitución por un régimen completamente nuevo y no basado en criterios identificables<sup>519</sup>.

En el asunto *Cube c. España*<sup>520</sup>, en el que se analiza la incidencia del cambio regulatorio sobre las inversiones realizadas en materia de generación eléctrica tanto con tecnología solar fotovoltaica como hidroeléctrica, el tribunal señala que el nacimiento de expectativas legítimas y objetivamente razonables en un sector híper-regulado como el

---

<sup>518</sup> *Ibíd.*, párrafos 562 y 568.

<sup>519</sup> *Ibíd.*, párrafos 570 y 572.

<sup>520</sup> *Cube Infrastructure Fund Sicav and others v Spain*, CIADI, caso n° ARB/15/20, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y decisión parcial sobre la cuantía de 19 de febrero de 2019. Esta Decisión cuenta con un voto particular en el que uno de los árbitros discrepa en cuanto a la extensión de la misma (compartida en lo que a la inversión en la instalación fotovoltaica se refiere) a la inversión en las instalaciones de generación hidroeléctrica, producida en diciembre de 2010 cuando la inestabilidad regulatoria y el riesgo homónimo eran mucho más intensos.

eléctrico no está en modo alguno supeditado a que se asuma un compromiso específico por el Estado respecto de cada inversor individual, debiendo atenderse a si el marco regulatorio tiene una vocación de permanencia establecida claramente con la finalidad de atraer inversiones:

*“At least in the case of a highly-regulated industry, and provided that the representations are sufficiently clear and unequivocal, it is enough that a regulatory regime be established with the overt aim of attracting investments by holding out to potential investors the prospect that the investments will be subject to a set of specific regulatory principles that will, as a matter of deliberate policy, be maintained in force for a finite length of time. Such regimes are plainly intended to create expectations upon which investors will rely; and to the extent that those expectations are objectively reasonable, they give rise to legitimate expectations when investments are in fact made in reliance upon them”*<sup>521</sup>.

El tribunal reconoce la facultad (o, incluso, el deber) del Estado de modificar el régimen jurídico del sector eléctrico para adaptarlo a las cambiantes circunstancias, no existiendo un derecho de los inversores a que los sistemas de remuneración permanezcan inalterados:

*“Stability is not the same as petrification (...) investors have no right to insist that the system of remuneration remain unchanged. It is the responsibility of the State to organize appropriately a sector that is fundamental for the entire economy. The right not to be harmed by reversals of commitments on which investors were entitled to place reliance does not imply a right to the petrification of the entire system that manages the remuneration”*<sup>522</sup>.

Aunque el deber del Estado de adaptar el marco regulatorio debe realizarse respetando los compromisos adquiridos previamente:

*“The duty to react as best it can requires that a government act in accordance with the legal commitments that it has made and the obligations that bind it”*<sup>523</sup>.

Y, en caso de haberse generado en los inversores la expectativa del mantenimiento del marco regulatorio durante un tiempo, cabe ora mantener el mismo ora adaptarlo sin

---

<sup>521</sup> *Ibid.*, parágrafo 388.

<sup>522</sup> *Ibid.*, parágrafo 408.

<sup>523</sup> *Ibid.*, parágrafo 409.

alterar las bases económicas fundamentales de la inversión realizada en función de dicha expectativa:

*“The obligation does, however, require that where the Respondent represented that certain provisions would be maintained for a certain time, those provisions either are maintained for that time or are adjusted in a manner that does not significantly alter the fundamental economic basis of investments made in reliance on that representation”*<sup>524</sup>.

A la luz de las anteriores consideraciones el tribunal entiende que el cambio regulatorio realizado en España en 2013 altera las bases económicas sobre las que se fundamenta la relación entre inversores y el Estado de una manera “fundamental”:

*“There was move away from a regime based on what were at the time of the investments ‘promised’ tariffs and premiums, to a regime based on capped ‘reasonable returns’, and that this move represented a fundamental change in the economic basis of the relationship between the State and the Claimants”*<sup>525</sup>.

Las modificaciones introducidas en 2013 constituyen, a su juicio, un cambio de las reglas de juego a mitad del partido (“*mid-stream switch in the regulatory paradigm*”), implicando las mismas sustituir las reglas inicialmente consideradas por otras que alteran los perfiles de riesgo y de retorno de la inversión (“*introduction of new rules that fundamentally change the risk and return profiles for investments that were created under the original paradigm and that are still in use*”<sup>526</sup>).

Pues bien, el cambio sorpresivo del paradigma retributivo inicial por uno diferente, después de haberse generado la expectativa de que aquél se mantendría en el tiempo y tras haberse ejecutado las inversiones, infringe el art. 10.1 del TCE y constituye un trato injusto e inequitativo:

*“While either of those regulatory paradigms might be said to be in itself reasonable and fair, the Tribunal considers that an unanticipated shift from one to the other in the face of an express statement that the tariff regime applicable to existing plants registered under the Special Regime would not be withdrawn, and after investments had been made with a view to*

---

<sup>524</sup> *Ibid.*, parágrafo 412.

<sup>525</sup> *Ibid.*, parágrafo 427.

<sup>526</sup> *Ibid.*, parágrafo 427

*profitability over a long term, steps over the line drawn in Article 10 ECT and constitutes unfair and inequitable treatment”<sup>527</sup>.*

Y sin negar, en términos abstractos, la razonabilidad de la conducta estatal para hacer frente a las circunstancias sobrevenidas (la reducción de la demanda eléctrica como consecuencia de la crisis económica y el inesperado éxito de las primas ofrecidas para fomentar la generación con tecnología renovable) e intentar que los “errores de cálculo” fueran compartidos por consumidores y generadores, se entiende que la misma, en el caso concreto, no ha tomado en consideración suficientemente la necesidad de cumplir con los objetivos ofrecidos a los inversores:

*“While the decision that the pain of the miscalculation should be shared among consumers and producers may be perfectly reasonable in abstract terms, the Tribunal considers that in this case it takes insufficient account of the significance of the need to deliver on the inducements that had been offered to investors”<sup>528</sup>.*

En el caso *9REN c. España*<sup>529</sup>, el tribunal considera que “las expectativas legítimas pueden surgir de “normas que no están dirigidas específicamente a un inversor, sino que se introducen con un objetivo específico de inducir las inversiones extranjeras y en las que se basó el inversor extranjero al realizar su inversión”, y que aunque “una “expectativa legítima” exigible requiere un compromiso claro y específico”, “no hay motivos por los que un compromiso de la claridad y especificidad requeridas no se pueda realizar en la propia norma en la cual (como ocurre en el presente caso) se asume dicho compromiso con el propósito de inducir la inversión, que logró atraer la inversión del Demandante, y una vez realizada resultó en pérdidas para el Demandante”, debiendo entenderse que en el caso analizado “las expectativas del inversor eran legítimas”<sup>530</sup>.

La frustración de las expresadas expectativas legítimas, a juicio del tribunal arbitral, representa una violación del estándar de trato justo y equitativo, toda vez que solo España se beneficiaba de los incrementos de precios, en tanto “la carga de las caídas de precios ha de recaer en los inversores”. E indica que “como una cuestión de derecho interno español este trato conferido a los inversores locales ha sido considerado constitucional,

---

<sup>527</sup> *Ibid.*, parágrafo 428.

<sup>528</sup> *Ibid.*, parágrafo 431.

<sup>529</sup> *9REN Holding S.À.R.L. v. Spain*, CIADI caso No. ARB/15/15, laudo de 31 de mayo de 2019.

<sup>530</sup> *Ibid.*, párrafos 294-296.

pero en la opinión del Tribunal, este trato asimétrico no es ni justo ni equitativo. En virtud del TCE, la Demandante, en su carácter de inversor extranjero, tenía derecho a un trato justo y equitativo y en este caso no lo recibió”<sup>531</sup>.

En cuanto a la denuncia relativa a la falta de transparencia o al carácter exorbitante o discriminatorio de las medidas de modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad con tecnología renovable, el tribunal del asunto *9REN c. España* ha reconocido que “una medida regulatoria racionalmente conectada a un objetivo legítimo del Estado, cuando los medios elegidos son proporcionales al cumplimiento del objetivo que, según España, fue evitar la insolvencia del SEE, no es ni exorbitante ni arbitraria”<sup>532</sup>.

No obstante el sentido coincidente de un importante número de laudos dictados con posterioridad al que puso término al asunto *Eiser c. España*<sup>533</sup>, existen tribunales arbitrales que, sin perjuicio de la identidad de los hechos analizados (la derogación del “régimen especial” y su sustitución por un régimen retributivo diferente), han considerado que la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013 y sus normas de desarrollo

---

<sup>531</sup> *Ibid.*, parágrafo 311

<sup>532</sup> *Ibid.*, párrafos 313 y 323.

<sup>533</sup> Además de los asuntos ya analizados, existen otros muchos en los que se ha dictado laudos condenatorios del Reino de España por razón de la modificación en 2013 del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables, siendo los argumentos empleados en los mismos, por lo general, coincidentes con los ya expuestos. En este sentido vid., por ejemplo, *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and others v. Spain*, Caso SCC No. 2015/150, laudo de 14 de noviembre de 2018; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/14/11, laudo de 31 de mayo de 2019; *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/38, laudo de 31 de julio de 2019; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/14/12, laudo de 2 de agosto de 2019; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/36, laudo de 6 de septiembre de 2019; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/13/30, laudo de 11 de diciembre de 2019; *Watkins Holdings S.à.r.l. and others v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/44, laudo de 21 de enero de 2020; *The PV Investors v. Spain*, Caso PCA No. 2012-14, laudo de 28 de febrero de 2020; *Hydro Energy 1 S.à.r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/42, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y base de determinación de los perjuicios de 9 de marzo de 2020 (la decisión mandata a las partes a que alcancen un acuerdo en cuanto a la compensación); *STEAG GmbH v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/4, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y base para la determinación de los perjuicios de 8 de septiembre de 2020 (en la que se mandata a las partes para que alcancen un acuerdo en cuanto a la compensación); *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/14/34, laudo de 18 de diciembre de 2020 (en el que se mandata a las partes para que alcancen un acuerdo acerca de la compensación a que haya lugar); o *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/16, laudo de 25 de enero de 2021 (en el que se mandata a las partes para que alcancen un acuerdo en cuanto a la compensación).

no resulta contraria a la obligación del Reino de España de dispensar a los inversores de los Estados parte del TCE un trato justo y equitativo.

Así así ha sucedido, por ejemplo, en los asuntos *Stadtwerke c. España*<sup>534</sup> o *Freif Eurowind c. España*<sup>535</sup> y, de manera parcial, en el asunto *Eurus Energy c. España*<sup>536</sup>.

En el primero de los expresados asuntos (*Stadtwerke c. España*) el tribunal arbitral entiende que la obligación de los Estados parte del TCE de fomentar y crear “condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio” es excesivamente genérica y de la misma no pueden nacer derechos que los inversores puedan ejercitar frente a las Partes Contratantes (“*is far too general to create enforceable definite rights of investors against Contracting Parties*”<sup>537</sup>).

En cuanto a la posible violación del estándar de trato justo y equitativo, considera el tribunal que el mismo, tal y como aparece configurado en el art. 10.1 TCE, comprende cinco obligaciones diferentes:

- a) garantizar un régimen regulatorio estable;
- b) no frustrar las expectativas legítimas y razonables surgidas al tiempo de la inversión;
- c) actuar de manera transparente respecto de un inversor o inversión protegida por el TCE;
- d) evitar adoptar acciones irrazonables, abusivas o discriminatorias; y
- e) evitar adoptar acciones desproporcionadas<sup>538</sup>.

---

<sup>534</sup> Asunto *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/1, laudo de 2 de diciembre de 2019.

<sup>535</sup> Asunto *Freif Eurowind Holdings v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/1, laudo de 8 de marzo de 2021.

<sup>536</sup> Asunto *Eurus Energy Holdings Corporation and Eurus Energy Europe B.V. v. Spain*, Caso CIADI No. ARB/16/4, laudo de 17 de marzo de 2021.

<sup>537</sup> Asunto *Stadtwerke München c. España*, parágrafo 198.

<sup>538</sup> *Ibid.*, parágrafo 256: “*The five obligations identified by the Parties as giving content to the FET standard in the ECT are as follows: (i) the obligation to afford the investor a stable regulatory regime; (ii) the obligation not to frustrate the investor’s legitimate and reasonable expectations arising at the time of making the investment; (iii) the obligation to act transparently towards an ECT-protected investor or investment; (iv) the obligation to avoid taking unreasonable, abusive or discriminatory actions; and finally, (v) the obligation to avoid taking disproportionate actions*”.



Pues bien, se considera que la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables realizada por España en 2013 no infringió lo dispuesto en el art. 10.1 TCE toda vez que de ninguno de los documentos aportados por la demandante resulta que las autoridades españolas garantizaran para la instalación de generación una remuneración estable y no sujeta a reducción<sup>539</sup>, que un inversor prudente que hubiera acometido un proceso de *due diligence* adecuado no habría albergado expectativa alguna de que la corriente de ingresos de dicha instalación se hubiera mantenido estable durante toda su vida útil<sup>540</sup>, que las autoridades españolas aprobaron el Real Decreto-ley 9/2013 de manera transparente, previo el correspondiente proceso de consultas con el sector y obtención de los correspondientes informes<sup>541</sup> y que las medidas adoptadas por España fueron razonables<sup>542</sup> y proporcionadas<sup>543</sup>.

En el asunto *Freif Eurowind c. España* el tribunal entiende que, con ocasión de la modificación de referencia, España no ha infringido la obligación de dispensar a los

---

<sup>539</sup> *Ibid.*, parágrafo 262.

<sup>540</sup> *Ibid.*, parágrafo 308.

<sup>541</sup> *Ibid.*, parágrafo 315.

<sup>542</sup> *Ibid.*, párrafos 321 y 322. Sobre la razonabilidad de las medidas se señala concretamente, que “*the Claimants argue that the Spanish authorities could have solved the problem of the tariff deficit merely by increasing the price of electricity charged to consumers. This may be true. However, since Spain had already increased the consumer price by over 80% during the period 2003-2009 and since Spanish electricity consumer rates were among the highest in Europe, the Government sought another policy solution which was the adjustment of the subsidy it paid to producers of renewable energy. The Spanish Government chose a policy solution that sought to protect the interests of the consumers while requiring producers to bear additional costs of maintaining the electrical system of which they were also beneficiaries. While that solution may have been objectionable to producers, one cannot say that it was unreasonable. It is also the case that the reforms bore a reasonable relationship to the objective of reducing the tariff deficit*”.

<sup>543</sup> *Ibid.*, parágrafo 354. Respecto de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Gobierno español, señala el laudo que “*in absolute terms, Spain’s contested measures were proportionate in that that they did not have a significant negative effect on the Claimants’ investment. However, the concept of disproportionate, as used by the Claimants also seems to call for a relative analysis, that is, a determination whether there exists a reasonable relationship between the burden placed on the foreign investor by the contested measures and the aim sought to be realized by those same State measures. In the present case, the aim sought to be realized by Spain in adopting the contested measures was to protect the solvency and stability of the public electricity system. It is undeniable that such State aim was vitally important to the public welfare of Spain. In order to achieve that aim, Spain adopted an approach of “shared sacrifice,” that is, that those benefiting from the system should contribute to its continued operation and financial stability. With respect to the present case, the Claimants were required to forego a modest amount of revenue for the sake of preserving the electricity system. Thus, the aim, the method and the effect of the State measures were reasonable. From a relative perspective, one may therefore conclude that the burden on the Claimants was reasonably proportionate to the aim and purpose of the measures contested by them*”.

inversores extranjeros y a sus inversiones un trato justo y equitativo con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.1 TCE:

*“The Tribunal determines that Spain has complied with the fair and equitable treatment clause by acting transparently and in good faith, particularly by consulting with lobby groups before implementing the new regulation, and without creating legitimate expectations on the part of FREIF. Additionally, the due diligence carried out by Linklaters supports Spain’s argument that FREIF was in fact aware of the likelihood of changes in the remuneration scheme. Further, because Spain modified its remuneration scheme due to its tariff deficit, not only was it not bound to keep the same scheme, but it was also its duty to adapt the scheme through a variable reasonable rate of return to protect its economic health”<sup>544</sup>.*

Para el tribunal, es cierto que España creó en el inversor la expectativa de obtener una rentabilidad razonable, pero no la de obtener unos concretos incentivos (*“this Tribunal falls on the side of the fault line which does not subscribe to the view that Spain guaranteed specific incentive rates”<sup>545</sup>*), sin que pueda entenderse como objetivamente legítimo esperar que dichos incentivos se mantengan inalterados en el tiempo, debiéndose emplear un “umbral elevado de diligencia” para valorar la legitimidad de una expectativa cuando del poder regulatorio del Estado se trata y considerar la información de la que disponía el inversor al tiempo de la inversión y de la que resulta que *“the Government’s capacity to continue making regulatory changes in light of the political and economic realities was clear”<sup>546</sup>*.

En cuanto a la expectativa de obtención de una rentabilidad razonable y considerando que la ofrecida para las instalaciones eólicas objeto de la inversión se sitúa por encima de la de mercado (7%), afirma el tribunal que *“Spain has not frustrated the expectation of a reasonable return since the return for the wind farms exceeded the reasonable rate”* y que *“the only guarantee made by Spain was to ensure a reasonable rate of return. Its level of due diligence, including the Linklaters Memorandum, does not establish that FREIF was guaranteed anything other than a reasonable return. FREIF took the risk in making its investment that there could be a re-adjustment in the tariff*

---

<sup>544</sup> Asunto *Freif Eurowind Holdings c. España*, parágrafo 525.

<sup>545</sup> *Ibid.*, parágrafo 540.

<sup>546</sup> *Ibid.*, párrafos 542, 547 y 560.

*regime. It may have lost the opportunity to earn higher profits, but it did not lose the expectation of a reasonable return*”<sup>547</sup>.

Por último, en el asunto *Eurus c. España*<sup>548</sup>, en el que se analiza la inversión realizada por determinadas compañías japonesas (a través de una filial europea) en diversos proyectos eólicos, el tribunal entiende, además de que no se ha incumplido el deber de garantizar una rentabilidad razonable (la de los proyectos es, incluso, superior a la que resulta de las normas modificadas<sup>549</sup>), que no ha existido elemento alguno de irrazonabilidad o de discriminación en las medidas adoptadas, más allá del carácter retroactivo de alguna de ellas, y que las mismas no son desproporcionadas, atendidos los intereses en presencia<sup>550</sup>.

Es por lo anterior que el tribunal entiende que el demandante no tiene una expectativa legítima de que se sigan aplicando las retribuciones del régimen especial (particularmente, las contempladas en el Real Decreto 661/2007) durante la vida útil de las plantas, si bien la recuperación por el Reino de España con carácter retroactivo, en y después de 2013, de las subvenciones pagadas previamente a niveles superiores a los importes que habrían sido pagaderos en virtud de las nuevas medidas, de haber estado en vigor en años anteriores, representa un incumplimiento de la obligación de estabilidad con arreglo al artículo 10.1 TCE<sup>551</sup>.

---

<sup>547</sup> *Ibíd.*, párrafos 570 y 571.

<sup>548</sup> *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/16/4, decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 17 de marzo de 2021, en la que se mandata a las partes para que lleguen a un acuerdo sobre el importe de la indemnización.

<sup>549</sup> *Eurus c. España*, párrafo 368.

<sup>550</sup> *Ibíd.*, párrafos 337 y 338. Así, se afirma que la finalidad de las medidas disputadas fue hacer frente al déficit tarifario: “*This had already been declared to be ‘unsupportable’ in 2009, and by 2013 had reached nearly EUR 40 billion. This was not really contested by Eurus, which instead argued that other measures (notably, increased customer tariffs) could have been adopted to deal with the problem, and that the RE producers should not have been required to bear the whole burden of cuts. Eurus also noted that the Respondent had not made a formal plea of necessity as a circumstance precluding wrongfulness under the law of state responsibility. That observation, while true, does not exhaust the relevance of the tariff deficit as the major underlying factor leading to the Disputed Measures*”. Para el tribunal, “*the growing deficit on the energy account was unsustainable*”, no correspondiendo al mismo valorar las medidas óptimas para hacer frente a dicha situación: “*it is not for the Tribunal to second guess reasonable measures taken to address the deficit (including measures affecting existing plants), to propose alternative policies that could have been adopted, or to weigh up for itself the competing demands of generators and consumers. If the measures were ‘not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and [had] due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime’, they would be consistent with the FET standard in Article 10(1)*”.

<sup>551</sup> *Ibíd.*, párrafo 467.

Del análisis realizado con anterioridad resulta que los tribunales arbitrales que han enjuiciado la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad procedente de fuentes renovables a la luz de lo dispuesto en el art. 10.1 TCE mantienen posiciones diversas acerca de la generación por el Reino de España en los inversores extranjeros de una expectativa legítima acerca del mantenimiento en el tiempo de dicho régimen en lo sustancial.

Mientras algunos tribunales han entendido que el Reino de España asumió compromisos específicos o, incluso, que dichos compromisos resultaban de la mera aprobación de un marco jurídico específicamente destinado a captar inversiones exteriores y cuyo mantenimiento en el tiempo pudo llegar a ser la razón determinante de la decisión del inversor extranjero de realizar la inversión, otros en cambio realzan la capacidad del Estado de adaptar el marco regulador de una determinada actividad a las circunstancias cambiantes y, concretamente, a la necesidad de recortar el déficit tarifario, sin entrar a valorar la corrección de la alternativa por la que optó el legislador.

No deja de sorprender que, encontrándonos ante unos mismos hechos y enjuiciándose los mismos con arreglo a un mismo parámetro de enjuiciamiento (la posible quiebra del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el art. 10.1 TCE como consecuencia de la defraudación de las expectativas legítimas de los inversores) los laudos que se han dictado hasta la fecha en esta “saga” hayan llegado a resultados contrapuestos.

Así, algunos laudos (p.ej. asunto *9REN c. España*) han entendido que la literalidad, el objeto y la finalidad del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad procedente de fuentes renovables aprobado en 2007 permiten asimilar el mismo a un compromiso específico asumido por el Reino de España frente a los inversores extranjeros, de forma que su modificación radical frustra las legítimas expectativas de los mismos y resulta contraria al estándar de trato justo y equitativo a dispensar a aquéllos y a sus inversiones, naciendo una obligación de compensación por razón de los daños irrogados.

En el extremo opuesto, otros laudos (p.ej. asunto *Freif Eurowind c. España*) han entendido que las inversiones se acometieron cuando ya era obvio que dicho régimen retributivo debía modificarse en profundidad como consecuencia del abultado déficit tarifario generado, no pudiendo los mismos albergar expectativa legítima alguna de que

el mismo se mantuviera *sine die* sino, únicamente, la de seguir recibiendo una retribución razonable.

La anterior inconsistencia es inherente al funcionamiento del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados previsto en la mayor parte de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores y en los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio, sistema que no contempla la posibilidad que las decisiones que puedan adoptar los tribunales arbitrales encargados de su administración sean objeto de revisión.

## VI.- LÍMITES DEL RIESGO REGULATORIO CON ARREGLO AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Las inversiones exteriores realizadas por inversores de un Estado miembro de la UE en otro Estado miembro, además de por el Derecho nacional de este último, quedan amparadas y protegidas por el Derecho de la UE, tanto originario como derivado, ordenamiento cuya interpretación y aplicación corresponde, *prima facie*, a los tribunales de los Estados miembros<sup>552</sup> y, en último término y a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales<sup>553</sup>, al TJUE.

La protección que dispensa a dichas inversiones el Derecho de la UE comprende, en primer lugar, la dimanante de sus Tratados constitutivos -tratados que reconocen, entre otras, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales- y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -que, entre otros derechos, reconoce y protege los de propiedad privada, libertad de empresa, no discriminación o tutela judicial efectiva.

En el anterior sentido y en lo que a la libertad de circulación de capitales se refiere, el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) señala que “en el marco de las disposiciones del presente capítulo quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capital entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”, debiendo entenderse liberalizadas a su amparo, en principio, todas las inversiones exteriores directas<sup>554</sup>.

Los inversores de otros Estados miembros pueden beneficiarse, además, de la protección que dispensan los principios generales del Derecho de la UE (como, por

---

<sup>552</sup> Sobre la condición de los tribunales nacionales vid. MARTÍN REBOLLO, L. (2016) “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho Europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs.173-192.

<sup>553</sup> Contemplada en el art 267 TFUE, que atribuye al TJUE competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

<sup>554</sup> Acerca del alcance del concepto de inversión exterior directa a efectos del Derecho de la UE, vid. la Nomenclatura de la Directiva 88/361/CEE, del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (liberalización de capitales) contenida en el aptdo. 1 de su Anexo I.

ejemplo, los de proporcionalidad<sup>555</sup>, seguridad jurídica o protección de la confianza legítima<sup>556</sup>) y la normativa sectorial que específicamente regule la inversión de que se trate.

El anterior esquema de protección (integrado por los tratados constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, los principios generales del Derecho de la UE y la correspondiente normativa sectorial) resulta de aplicación no solo a las inversiones exteriores directas realizadas en un Estado miembro de la UE por un inversor de otro Estado miembro (inversiones “intra UE”) sino, también y por así disponerlo el art. 63 TFUE, a las que realicen en la Unión inversores de terceros países.

No obstante y en lo que a la admisión de las inversiones exteriores realizadas por inversores de fuera de la UE se trata, el art. 64 TFUE prevé la posibilidad de que se restrinja la liberalización de movimientos de capitales “con destino a terceros países o procedentes de ellos”<sup>557</sup>.

En el anterior sentido, el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, dictado en ejecución de la competencia exclusiva de la Unión sobre la “política comercial común”, establece un marco para el control, por los Estados miembros, por motivos de seguridad o de orden público, de las inversiones extranjeras directas dentro de la Unión y un mecanismo de cooperación entre los Estados miembros, así como entre los Estados miembros y la Comisión, por lo que respecta a las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, aptdo. 25.

<sup>556</sup> Sentencia TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-201/08, *Plantanol GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Darmstadt*, aptdo. 43.

<sup>557</sup> El art. 64 TFUE establece que no obstante el objetivo de alcanzar la “libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible”, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento administrativo ordinario, adoptarán “medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas” (aptdo. 2) y únicamente el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, “podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos” (aptdo. 3).

<sup>558</sup> Su art. 5.1 establece que para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión podrán tener en cuenta sus efectos potenciales, entre otros en: a) infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras; b)

En todo caso y atendida la necesidad de lograr la consecución de determinados objetivos de política pública en ámbitos como la seguridad pública, la salud pública, la protección medioambiental, la protección social o la de los consumidores y usuarios, el Derecho de la UE contempla la posibilidad de regular el funcionamiento de los distintos mercados (energía, transporte, servicios financieros, contratación pública, etc.), de manera proporcionada, bajo ciertas condiciones y siempre de conformidad con lo que disponga dicho Derecho, pudiendo la regulación que se introduzca con carácter sobrevenido impactar negativamente sobre las inversiones ejecutadas con anterioridad.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018<sup>559</sup> expone los mecanismos de protección que el Derecho de la UE ofrece a los inversores “frente a medidas nacionales” (no frente a medidas adoptadas por las instituciones y los organismos de la UE).

Dicha Comunicación no se refiere a las “inversiones realizadas por inversores de la UE en países terceros ni a las realizadas por inversores de países terceros en la UE”, que, como se ha expuesto, pueden estar sujetas a determinadas restricciones (p.ej. en cuanto a la admisión de aquellas que afecten a la seguridad o al orden público) y que, sin perjuicio de la protección que pueda resultar del Derecho de la UE o del Derecho nacional del Estado miembro en el que se materialicen, pueden estar amparadas, adicionalmente, por

---

tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el art. 2, aptdo. 1, del Reglamento (CE) 428/2009, del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespacial, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías; c) el suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria; d) el acceso a información sensible, en particular datos personales, o la capacidad de control de dicha información, o e) la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. Por su parte, el aptdo. 2 del propio precepto señala que “para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión también podrán tener en cuenta, especialmente: a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno (incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas) de un tercer país, en particular mediante una estructura de propiedad o una financiación significativa; b) si el inversor extranjero ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad o al orden público en un Estado miembro, o c) si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerce actividades delictivas o ilegales”. En relación con dicho Reglamento, vid. la Comunicación de la Comisión Europea C(2020)1981 sobre orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452. DOUE 2020/C 99 I/01, de 26 de marzo de 2020. Sobre esta cuestión vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. y CARRO DE MIGUEL, C. (2021), “Liberalización y protección en el régimen de las inversiones extranjeras directas: desarrollos normativos recientes en Europa y en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 58.

<sup>559</sup> Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de la inversión intra UE COM (2018) 547 final, Bruselas. 19 de julio de 2018. Aptdo. I. Dicha Comunicación puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0547&from=EN> (a. 1/6/2021).



los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los acuerdos de libre comercio que contengan capítulos de inversiones celebrados por la UE (o, en su caso, los Estados Miembros) con dichos países terceros.

La expresada Comunicación señala que “las normas del Tratado relativas a la libre circulación se aplican a situaciones en las que existe un elemento transfronterizo o en las que, al menos, el movimiento transfronterizo es posible”, si bien “algunas directivas y reglamentos de la UE en los que se especifican y desarrollan las libertades fundamentales también son aplicables a situaciones puramente internas, con lo que se beneficia a todos los inversores, incluidos los nacionales”<sup>560</sup>.

Como afirma la Comunicación, el Derecho de la UE “protege todas las formas de inversiones transfronterizas a lo largo de su ciclo de vida completo” (acceso al mercado en virtud de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales; ejercicio de la actividad en el mercado, beneficiándose de las dos anteriores libertades y de la libre circulación de trabajadores y de mercancías; y salida del mercado) frente a las restricciones injustificadas de las mismas, estableciendo un conjunto de normas armonizadas en muy diversos ámbitos (p.ej. fiscalidad indirecta o contratación del sector público) y distintos mecanismos que hacen posible la defensa de los derechos de los inversores<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> COM (2018) 547 final, Apto. I *in fine*.

<sup>561</sup> *Ibid.* Apto. I

## 6.1. Restricción de los derechos de los inversores extranjeros en la UE.

Para que las autoridades nacionales de un Estado miembro puedan aprobar una regulación que restrinja los derechos y libertades que correspondan a los inversores con arreglo al Derecho de la UE deben observar determinadas exigencias que el mismo impone: que la nueva regulación no sea discriminatoria, tenga como finalidad la satisfacción de determinados objetivos legítimos, se ajuste a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima<sup>562</sup> y respete los derechos fundamentales.

En primer lugar y con carácter general, queda prohibida cualquier forma de discriminación por razón de la nacionalidad del inversor (art. 18.1 TFUE), tanto directa como indirecta, admitiéndose la misma únicamente en circunstancias excepcionales. Resultan afectadas por la anterior prohibición las leyes nacionales, cualesquiera disposiciones de carácter general y los actos administrativos.

En segundo lugar, las eventuales restricciones que las autoridades nacionales puedan imponer a los inversores, al afectar a las libertades fundamentales, deben estar fundamentadas en la satisfacción de determinados objetivos públicos legítimos expresamente mencionados en el Tratado como el orden público o la seguridad y salud públicas. Dichos intereses han de ser objeto de una interpretación estricta, existiendo determinadas restricciones que no pueden justificarse en ningún caso atendida su gravedad o, sencillamente, por resultar incompatibles con el propio TFUE.

Como resulta de la Jurisprudencia del TJUE<sup>563</sup>, las restricciones no discriminatorias por razón de nacionalidad pueden justificarse por, entre otras, alguna de las siguientes “razones imperiosas de interés general”: protección medioambiental, cohesión del sistema fiscal, lucha contra la evasión fiscal, mantenimiento de la población en el medio rural y lucha contra la especulación desmedida del suelo, ordenación territorial,

---

<sup>562</sup> Sobre los principios generales del Derecho de la UE, vid. HOFMANN, H. (2014) “General Principles of EU law and EU administrative law”, en BARNARD y C. PEERS, S. (Eds.) *European Union Law*, Oxford, págs. 196-225; o TRIDIMAS, T. (2006) *General Principles of EU Law*, 2ª Ed., Oxford.

<sup>563</sup> Vid. entre otras muchas, Sentencias TJUE de 24 de marzo de 2011, Asunto C 400/09, *Comisión c. España*, aptdo. 74; 11 de marzo de 2010, Asunto C-384/08, *Attanasio Group*, aptdo. 50; 1 de octubre de 2009, Asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius* aptdo. 29; o 13 de septiembre de 2007, Asunto C-260/04, *Comisión/Italia*, aptdo. 27.

protección de los consumidores, protección de los trabajadores y protección de los acreedores y los socios minoritarios<sup>564</sup>.

Sin embargo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018 declara incompatibles con el Derecho de la UE las “medidas nacionales que restrinjan las libertades fundamentales por razones administrativas o puramente económicas”<sup>565</sup>.

Y es que “los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general”<sup>566</sup>.

En este sentido, “el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate en general no puede constituir una justificación válida de restricciones a la libre circulación de capitales”<sup>567</sup>.

Igualmente y “a excepción de las razones enumeradas en el artículo 73 D, aptdo. 1, del Tratado que se refieren esencialmente al Derecho fiscal”, se considera inadmisibles una justificación basada en el “interés financiero general del Estado miembro”.

Se entiende, concretamente, que “la elección de un socio estratégico, el reforzamiento de la estructura competitiva del mercado de que se trate, así como la modernización y el reforzamiento de la eficacia de los medios de producción” son

---

<sup>564</sup> La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se refiere en su considerando 40 al carácter evolutivo del concepto “razones imperiosas de interés general” y se refiere a las siguientes: “orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria”.

<sup>565</sup> COM (2018) 547 final, Apto. III.3

<sup>566</sup> Sentencia TJUE de 15 de abril de 2010, Asunto C-96/08, *CIBA*, aptdo. 48.

<sup>567</sup> Sentencia TJUE de 2 de junio de 2005, Asunto C-174/04, *Comisión c. Italia*, aptdo. 37.

intereses que “no pueden constituir una justificación válida de restricciones a la libertad fundamental de que se trate”<sup>568</sup>.

En tercer lugar, cualquier medida nacional que pretenda adoptar un Estado miembro para la consecución de objetivos públicos legítimos y que pueda afectar a los derechos de los inversores de la UE ha de ajustarse a los principios generales del Derecho de la Unión de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

Respecto del principio de proporcionalidad<sup>569</sup>, las restricciones nacionales que puedan establecerse han de ser “proporcionadas”, es decir, “adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen” de forma que “no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”, no siendo proporcionada una concreta medida cuando existe una medida alternativa que pueda proteger el interés público en juego de una manera “menos restrictiva” para la libertad de que se trate<sup>570</sup>.

En cuanto a la “seguridad jurídica”<sup>571</sup>, se trata de un principio general del Derecho de la UE que exige que las normas jurídicas de la Unión y las nacionales sean “claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos”, en particular cuando puedan entrañar consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas o implicar consecuencias financieras para los interesados. La actuación discrecional de las autoridades públicas dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE debe estar

---

<sup>568</sup> Sentencia TJUE de 4 de junio de 2002, Asunto C-367/98, *Comisión c. Portugal*, aptdo. 52.

<sup>569</sup> Sobre el principio de proporcionalidad y su alcance en el Derecho de la UE, vid. BARNÉS, J. (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública* nº 135, págs. 495-538; CHANO REGAÑA, L. (2015), “Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales”, *RUE: Revista Universitaria Europea* nº. 23, págs. 151-174; FERNÁNDEZ NIETO, J. (2009) *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Dykinson.

<sup>570</sup> Vid. Sentencias TJUE de 10 de marzo de 2009, Asunto C-169/07, *Hartlauer*, aptdo. 44; o de 19 de mayo de 2009, Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, aptdo. 25.

<sup>571</sup> El principio de seguridad jurídica del Derecho de la UE es analizado, entre otros, por ALONSO GARCÍA, R. (1986) “La seguridad jurídica como presupuesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 51, págs. 439-445; MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J. (2015), “The principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU law”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 52, nº 1, págs. 115-140; RAITIO, J. (2003) *The principle of legal certainty in EC law*, Kluwer; o UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (2006), “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, págs. 17-54.

basada en criterios objetivos, no discriminatorios, suficientemente específicos y claros y conocidos de antemano<sup>572</sup>.

Y respecto de la protección de la “confianza legítima” de los inversores<sup>573</sup>, la posibilidad de invocarla está abierta a todo operador económico al que una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. En todo caso, los mismos deben actuar de buena fe y de manera prudente y diligente y “no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales”. Y es que una persona “no puede confiar en una ausencia total de modificaciones legislativas”<sup>574</sup>.

En todo caso y como señala la Comunicación de la Comisión sobre la protección de la inversión intra UE, cuando dicha Organización o un Estado miembro aprueban una nueva medida de una manera que afecte negativamente a los intereses de los inversores, “deben proporcionar, si procede, adaptaciones a las nuevas normas que tengan en cuenta la situación particular de los inversores afectados, salvo que una razón imperiosa de interés público les impida proporcionar esas adaptaciones”<sup>575</sup>.

En cuarto lugar, cualesquiera medidas nacionales que introduzcan una restricción deben respetar los derechos fundamentales, pudiendo los inversores de la UE invocar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (en el que quedan incluidas dichas medidas en cuanto restrinjan las libertades fundamentales), los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la libertad de empresa (art. 16), el derecho a la propiedad (art. 17) o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

---

<sup>572</sup> Sentencia TJUE de 5 de julio de 2012, Asunto C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) c. Bélgica*, aptdo. 58.

<sup>573</sup> Sobre la génesis y alcance del principio de confianza legítima en el Derecho de la UE, vid. CASTILLO BLANCO, F.A. (2002), “El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al Ordenamiento español”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 205, págs. 29-54; GARCÍA LUENGO, J. (2003) *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas; MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs. 141-172; SANZ RUBIALES, I. (2000), “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 4, nº 7, págs. 91-122.

<sup>574</sup> Vid. Sentencias TJUE de 7 de junio de 2005, Asunto C-17/03, *VEMW y otros*, aptdo. 81; o de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-201/08, *Plantanol GmbH & Co KG*, aptdos. 49 y 53.

<sup>575</sup> COM (2018) 547 final. Aptdo. III in fine

Los derechos fundamentales, en todo caso, no tienen carácter absoluto pudiendo su ejercicio verse sometido a restricciones proporcionadas y que obedezcan a la necesidad de satisfacer objetivos de interés general. La importancia de los objetivos perseguidos por las medidas restrictivas de que se trate puede justificar las consecuencias negativas, incluso de naturaleza sustancial, que las mismas puedan tener para ciertos operadores. En todo caso, es preciso que “no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesiones la substancia misma de dichos derechos”<sup>576</sup>.

Por último, los inversores de un Estado miembro de la UE, en la medida en que realicen inversiones en otro Estado miembro, gozan de la protección que dispensan las normas de competencia de la Unión frente a medidas nacionales como, por ejemplo, el otorgamiento de ayudas estatales no compatibles con el mercado interior.

---

<sup>576</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 1989, Asunto 5/88, *Hubert Wachauf*, apartado 18.

## 6.2. La protección de la propiedad privada en la UE.

La UE está fundamentada, entre otros valores, en el respeto de los derechos humanos (art. 2 del TUE).

Sin embargo, al tiempo de la constitución de las Comunidades Europeas no resultó posible o no se entendió necesario el establecimiento de norma alguna en materia de derechos fundamentales. Sus fines eran, esencialmente, de naturaleza económica<sup>577</sup>.

Consiguientemente, los Tratados constitutivos no incluyeron referencia alguna al reconocimiento y a la protección de dichos derechos, que se consideraban garantizados por la CEDH (que había sido adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y de la que todos los entonces Estados miembros eran signatarios).

La consideración por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los derechos humanos como algo ajeno a los Tratados constitutivos y, por lo tanto, a su jurisdicción llevó a los tribunales constitucionales alemán e italiano a afirmar su competencia para enjuiciar el Derecho comunitario europeo en todo aquello que pudiera resultar contrario a los derechos y libertades fundamentales recogidos en sus respectivas Constituciones nacionales.

Como consecuencia de ello, el Tribunal de Justicia se vio obligado a modificar su doctrina inicial para garantizar la primacía y la autonomía del Derecho comunitario respecto de los Derechos nacionales.

En el anterior sentido, la sentencia de 12 de noviembre de 1969 (asunto *Stauder*) aludió a “los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los Principios

---

<sup>577</sup> Vid. AGUDO ZAMORA, M. (2005), “La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 4, págs. 373-430. También sobre esta cuestión, CÁMARA VILLAR, G. (2005) “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista Europea de Derecho Constitucional*, nº 4, Julio-Diciembre, págs. 9-42; o RUIZ MIGUEL, C. (2004), “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.) *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, págs. 13-51.

Generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”, aunque no indicó ni cuáles eran dichos derechos ni cuál era la forma de protegerlos<sup>578</sup>.

Con posterioridad, el Tribunal de Justicia entendió que, no existiendo en los Tratados constitutivos un catálogo de derechos fundamentales de las Comunidades Europeas, debía asumir su determinación y tutela por vía jurisprudencial utilizando para ello, como fuentes de inspiración, por una parte, las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” y, por otra, los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos celebrados por los Estados miembros.

Así, en su sentencia de 17 de diciembre de 1970 (asunto *Internationale Handelsgesellschaft*) el Tribunal señaló que el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional para apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias tendría por efecto “menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario”, que la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario, y que al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma, de forma que “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”<sup>579</sup>.

En su sentencia de 14 de mayo de 1974 (asunto *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión*) el Tribunal analizó el efecto de una Decisión de la Comisión relativa a la autorización a un competidor de unas nuevas condiciones de venta de carbón y que el demandante entendía que disminuirían tanto la rentabilidad de su empresa como el libre desarrollo de los negocios hasta el punto de poner en peligro su subsistencia y de violentar un “derecho equiparable al de propiedad” y el derecho al libre ejercicio de sus actividades profesionales, protegidos ambos por la Ley Fundamental de

---

<sup>578</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, *Erich Stauder c. Stadt Ulm - Sozialamt*, aptdo. 7º.

<sup>579</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aptdo. 3º.



Bonn y por las Constituciones de los demás Estados miembros y por diversos Tratados internacionales, especialmente la CEDH.

El fallo, tras reiterar que “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal”, señala, por una parte, que “al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados” y, por otra, que “los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”<sup>580</sup>.

Y respecto de la alegada violación del derecho de propiedad, la sentencia reconoce que el régimen constitucional de todos los Estados miembros asegura la protección del derecho de propiedad, si bien ello no lo convierte en una prerrogativa absoluta, sino que hay que considerarlo “a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos”, de forma que “sólo se garantiza por regla general a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público”, siendo legítimo el mantenimiento en el ordenamiento jurídico comunitario de determinados “límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre y cuando no se atente contra la esencia” de dicho derecho, sin que la protección pueda extenderse a meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica<sup>581</sup>.

La anterior Jurisprudencia fue respaldada por la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 que se refiere a la “importancia primordial” que se atribuye al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la CEDH<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1974, asunto 4-73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, aptdo. 13º.

<sup>581</sup> *Ibid.*, aptdo. 14º.

<sup>582</sup> DOCE 1977, C 103, pág. 67.

Con fundamento en la anterior Declaración, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas fue reconociendo y protegiendo diversos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho de propiedad.

Así, por ejemplo, la Sentencia TJUE de 13 de diciembre de 1979 (asunto *Hauer*) analiza la compatibilidad entre la protección del derecho de propiedad privada, por una parte, y el establecimiento en el Reglamento CEE 1162/76, de 17 de mayo de 1976, de una prohibición temporal de plantación de nuevas vides, por otra, entendiendo el demandante que dicha prohibición no le resultaba de aplicación por, entre otras razones, lesionarse sus disposiciones su derecho de propiedad y el derecho a ejercer libremente su profesión, garantizados por los arts. 12 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn.

En cuanto a la expresada lesión, el Tribunal comienza señalando que “el derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el Primer Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”<sup>583</sup>.

Desde la perspectiva de dicho Protocolo, la prohibición de plantar nuevas vides no puede considerarse como un acto que implique una privación del derecho de propiedad, al seguir siendo el propietario libre de disponer de su bien y de destinarlo a cualesquiera usos no prohibidos, si bien “no hay duda de que esta prohibición restringe el uso de la propiedad”.

Sin embargo, aunque el aptdo. 2 del art. 1 del Protocolo Adicional reconoce el derecho de los Estados a “poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general”<sup>584</sup>, el Tribunal entiende que dicha previsión es insuficiente para resolver la cuestión planteada y se remite a “las indicaciones resultantes de las normas y prácticas constitucionales de los nueve Estados miembros”, normas y prácticas que “permiten al legislador reglamentar el uso de la propiedad privada en interés general”, remitiéndose las Constituciones a las “obligaciones inherentes a la propiedad” y a la “subordinación de su uso a las exigencias

---

<sup>583</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aptdo. 17°.

<sup>584</sup> *Ibid.*, aptdo. 19°.

del bien común” (arts. 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn) o a su “función social” (art. 42.2 de la Constitución italiana), de forma que en todos los Estados miembros “numerosas normas con rango de ley han dado expresión concreta a esta función social del derecho de propiedad”, normas que “imponen restricciones, a veces considerables, al uso de la propiedad de bienes raíces”, incluido el establecimiento de restricciones a la plantación de vides que no se entiende que sea incompatible con el respeto debido al derecho de propiedad.

Todo lo anterior le lleva al Tribunal a afirmar que “teniendo en cuenta las concepciones constitucionales comunes a los Estados miembros y las prácticas legislativas constantes, en los ámbitos más variados”, la restricción del derecho de propiedad analizada es “un tipo de restricción conocido cuya legitimidad está reconocida, bajo formas idénticas o análogas, en el ordenamiento constitucional de todos los Estados miembros”<sup>585</sup>.

Por último, analiza la sentencia si la restricción impuesta obedece efectivamente a “objetivos de interés general” perseguidos por la Comunidad y no constituye una “intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneren la esencia misma del derecho de propiedad”.

Enmarcada dicha restricción dentro de la política comunitaria consistente en la creación de una organización común del mercado (OCM) vitivinícola vinculada a una mejora estructural del sector basada en el equilibrio cuantitativo y el progreso cualitativo de la producción y dirigida específicamente a remediar con carácter inmediato el incremento continuo de los excedentes, el Tribunal entendió que la misma “no constituye una limitación indebida al ejercicio del derecho de propiedad” (FJ 29º), está “justificada por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no vulnera la substancia del derecho de propiedad tal como lo reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico comunitario”<sup>586</sup>.

A modo de síntesis de la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia, el art. 6.2 del TUE de 7 de febrero de 1992, en su redacción inicial, afirmaba que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la

---

<sup>585</sup> *Ibid.*, aptdo. 22º.

<sup>586</sup> *Ibid.*, aptdo. 30º.

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Respecto de la posible adhesión de la UE a la CEDH, el Tribunal de Justicia abortó dicha posibilidad señalando en su Dictamen 2/1994 que los tratados no conferían a las instituciones comunitarias facultad alguna para adoptar normas en materia de derechos humanos o para celebrar convenios internacionales en este ámbito, siendo la referida adhesión, por ello, jurídicamente inviable.

La UE reforzó su compromiso con la defensa de los derechos humanos mediante la proclamación por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 7 de diciembre de 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta cuyo art. 17 reconoce el derecho de propiedad en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida” y que “el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

Tras la reforma del art. 6.1 del TUE efectuada por el Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasó a tener el “mismo valor jurídico que los Tratados”.

Además, dicha reforma modificó el propio Tratado (art. 6.2 y Protocolo nº 8 relativo al mismo) para sortear el obstáculo advertido en el Dictamen 2/1994 del TJUE, contemplando expresamente la adhesión de esta organización a la CEDH.

Sin embargo, el TJUE, como se expondrá más adelante, dictaminó en contra del proyecto de adhesión negociado por la Comisión con el TEDH (Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014).

En todo caso, el Derecho de la UE es consciente de la importancia que la protección de la propiedad privada tiene para fomentar la inversión.

Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre protección de la inversión intra-UE de julio de 2018 considera que la protección garantizada sobre la base del derecho de propiedad reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “reviste una especial importancia en caso de expropiación o de medidas equivalentes”<sup>587</sup>.

El Tribunal de Justicia venía señalando que el legislador de la Unión dispone de una “amplia facultad de apreciación” para determinar los supuestos en los que procede indemnizar, parcial o totalmente al propietario afectado por una determinada medida equivalente a la expropiación, si bien “de esta apreciación no cabe deducir que exista en el Derecho de la Unión un principio general que obligue a conceder una indemnización en todas las circunstancias”<sup>588</sup>.

No obstante, en la actualidad el deber de indemnizar surge directamente de lo dispuesto en el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de forma que el mero hecho de que la norma o resolución de que se trate “contengan un régimen indemnizatorio o (...) no impongan la obligación expresa de establecer tal régimen no pueden interpretarse en el sentido de que ese derecho queda excluido”<sup>589</sup>.

Tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el TJUE ha comenzado a declarar el incumplimiento por los Estados miembros del derecho de propiedad que garantiza su art. 17.

En el anterior sentido, el Tribunal de Justicia ha entendido que un Estado miembro incumple las obligaciones que le incumben en virtud del art. 63 TFUE (libre circulación de capitales), en relación con el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al suprimir, *ex lege*, los derechos de usufructo sobre terrenos agrícolas y forestales situados en dicho Estado en la medida en que de tales derechos fueran titulares, directa o indirectamente, nacionales de otros Estados miembros<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> COM (2018) 547 final. Apto. III.4

<sup>588</sup> Sentencia TJUE de 10 de julio de 2003, Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd / Hydro Seafood GSP Ltd*, aptdo. 85.

<sup>589</sup> Sentencia TJUE de 9 de junio de 2016, Asuntos acumulados C-78/16 y C-79/16, *Gioavanni Pesce y otros*, aptdos. 84 y ss.

<sup>590</sup> Sentencia TJUE (Gran Sala) de 21 de mayo de 2019, *Comisión/Hungría*, C-235/17.

Para el Tribunal la protección que confiere el aptdo. 1 del art. 17 de la Carta tiene por objeto “derechos que tienen un valor patrimonial de los que derive, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico de que se trate, una posición jurídica adquirida que permita un ejercicio autónomo de tales derechos y en beneficio de su titular” y la Ley discutida “no comporta restricciones al uso de los bienes, sino privación de la propiedad en el sentido del artículo 17, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales”<sup>591</sup>.

Sin perjuicio de la protección dispensada a los titulares de los derechos suprimidos, el Tribunal de Justicia puntualiza que, si bien el art. 17 de la Carta “no prohíbe, de manera absoluta, las privaciones de propiedad, establece que tales privaciones solo pueden producirse por causa de utilidad pública, en los casos y con las condiciones legalmente establecidos y mediando, en un tiempo razonable, una justa indemnización por la pérdida de dicha propiedad”, debiendo tenerse en cuenta las precisiones que figuran en el art. 52.1 de la misma, con arreglo al cual “podrán introducirse limitaciones al ejercicio de derechos reconocidos por ella, siempre que tales limitaciones sean establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

La “interpretación conjunta de los artículos 17, apartado 1, y 52, apartado 1, de la Carta lleva a considerar, por una parte, que cuando se invoca una causa de utilidad pública para justificar una privación de propiedad, ha de velarse por el respeto del principio de proporcionalidad al que hace referencia el artículo 52, apartado 1, de la Carta atendiendo a dicha causa y a los objetivos de interés general que abarca. Por otra parte, esta interpretación implica que, de no existir utilidad pública adecuada para justificar una privación de propiedad o, si se acreditara la existencia de tal causa, pero no concurrieran los requisitos establecidos en el artículo 17, apartado 1, segunda frase, de la Carta, se violaría el derecho de propiedad garantizado por dicha disposición”<sup>592</sup>.

---

<sup>591</sup> *Ibíd.* Aptdos. 69 y 82.

<sup>592</sup> *Ibíd.* Aptdos. 87 a 89.

### 6.3. La protección de las inversiones por el Derecho de la UE

El Derecho de la UE permite proteger a los inversores intra-UE de la Unión a través de un completo y desarrollado sistema de recursos legales.

Algunos de dichos mecanismos tienen carácter preventivo. Así, junto con el examen previo de determinadas medidas nacionales que podrían obstaculizar los derechos de los particulares previstos en el Derecho de la UE al amparo del art. 108.3 TFUE<sup>593</sup>, la Comisión ostenta la facultad de dirigir a los Estados miembros decisiones obligatorias en determinados ámbitos relacionados con la consecución del mercado interior<sup>594</sup>.

Además, las autoridades nacionales han de aplicar el Derecho de la UE en virtud del principio de primacía, de manera efectiva, interpretando las normas nacionales de manera conforme con el mismo, inaplicando de oficio cualquier disposición, incluso de carácter constitucional, que resulte contraria a sus disposiciones cuando tengan efecto directo y eliminando las consecuencias derivadas de su vulneración, incluido el otorgamiento de indemnizaciones por daños resultantes de la misma, incluido el error judicial.

Por otra parte, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”) (“los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”) y en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los

---

<sup>593</sup> Dicho precepto establece que “la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”.

<sup>594</sup> La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece en su art. 15.7 lo siguiente:

“Los Estados miembros notificarán a la Comisión cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa en la que se prevean requisitos contemplados en el apartado 6, motivándolos.

La Comisión comunicará dichas disposiciones a los demás Estados miembros. Esta notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar las disposiciones en cuestión.

En el plazo de tres meses a partir de la recepción de la notificación, la Comisión examinará si estas nuevas disposiciones son compatibles con el Derecho comunitario y, si procede, adoptará una decisión en la que solicite al Estado miembro de que se trate que no las adopte o que las derogue (...).”

inversores tienen a su disposición numerosos recursos judiciales ante los tribunales nacionales, incluidos procedimientos efectivos que permiten a ciudadanos y empresas reclamar los daños que pueda irrogarles la vulneración de los derechos que les otorga el Derecho de la UE, estableciendo la Jurisprudencia del TJUE los requisitos mínimos que pueden exigirse para reclamar la responsabilidad estatal extracontractual por violación del Derecho de la UE.

Aunque a los tribunales nacionales les corresponde la aplicación ordinaria del Derecho de la UE, si la aplicación de este último exige su interpretación o existe alguna duda sobre su validez pueden (o deben, si se trata de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial con arreglo al Derecho nacional) formular una cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 267 TFUE). La interpretación que este último pueda hacer en la correspondiente decisión prejudicial vincula al tribunal nacional a efectos de resolver el litigio principal, sin perjuicio de que la misma obligue a todas las autoridades nacionales a adoptar las medidas generales o particulares adecuadas para cumplir lo dispuesto en la misma en el plazo más breve posible, no siendo necesario que el juez nacional espere la derogación previa de las disposiciones contrarias al Derecho de la UE por parte del legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional

Por último, el art. 17.1 del TUE confía a la Comisión la responsabilidad de la aplicación, la ejecución y el cumplimiento efectivos del Derecho de la UE, pudiendo examinar las medidas nacionales y actuar para garantizar el cumplimiento de las salvaguardias que protegen a los inversores mediante el procedimiento de infracción (art. 258 TFUE). Los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para cumplir las resoluciones del TJUE en las que se haya apreciado una infracción del Derecho de la UE, pudiendo la Comisión, en caso de incumplimiento, pedir al Tribunal de Justicia que imponga sanciones económicas al Estado miembro de que se trate.

En todo caso y como señala la Comunicación de la Comisión, las acciones de inversores individuales dirigidas a la anulación de medidas nacionales o a reclamar una compensación por los daños causados por tales medidas son competencia de los tribunales nacionales<sup>595</sup>.

---

<sup>595</sup> COM (2018) 547 final. Apto. IV.3 in fine



## VII.- LÍMITES DEL RIESGO REGULATORIO CON ARREGLO AL DERECHO ESPAÑOL

El riesgo regulatorio, tal y como se ha definido en la presente tesis, consiste en la posibilidad de que se modifique el marco regulador vigente al tiempo de nacer una situación jurídica o de entablarse una relación jurídica y de que la modificación afecte, en alguna medida, a dicha situación o relación.

El riesgo regulatorio está esencialmente ligado, por lo tanto, a la aplicación retroactiva o *ex post facto* de normas innovadoras del ordenamiento jurídico.

Es habitual que las normas contemplen realidades que previamente han sido objeto de regulación, planteándose tanto el problema de su retroactividad o irretroactividad -es decir, el de su aplicación o no a las situaciones y relaciones jurídicas nacidas o entabladas al amparo de la normativa precedente o a los efectos que las mismas produzcan tras su entrada en vigor- como, en el caso de que se haya previsto su aplicación retroactiva, el de la previsibilidad o imprevisibilidad de las modificaciones introducidas.

Aunque la Constitución de 1978 no contiene regla alguna que, con carácter general, consagre el principio de irretroactividad de las leyes, remitiéndose al legislador ordinario la decisión acerca de la forma en que hayan de aplicarse las normas en el tiempo (art. 2.3 CC: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”), varios de sus preceptos proscriben o condicionan la posibilidad de atribuir eficacia retroactiva a las mismas.

Así, la CE, tras definir España como un Estado de derecho (art. 1.1) en el que impera el principio de seguridad jurídica y en el que todos los poderes públicos son responsables (art. 9.3), garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3), prohíbe la retroactividad de las normas penales o sancionadoras (art. 25.1: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”), reconoce el derecho de propiedad privada y la posibilidad de que las leyes lo delimiten con arreglo a su función social (art. 33.1 y 2) y contempla tanto la garantía expropiatoria (art. 33.3: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”) como el principio de responsabilidad patrimonial de la

Administración (art. 106.2: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”).

Tanto la garantía expropiatoria como el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración condicionan el ejercicio de la potestad que los poderes públicos ostentan para atribuir eficacia retroactiva a las normas (irretroactividad de las leyes penales, de las sancionadoras o de las restrictivas de derechos individuales al margen), al poder dicho ejercicio hacer nacer en sus titulares el derecho a una compensación.

Garantía expropiatoria y principio de responsabilidad patrimonial de la Administración guardan, por lo tanto, una estrecha relación toda vez que ambas instituciones se dirigen, en último término, a proteger el derecho de propiedad privada y a garantizar la indemnidad patrimonial de los ciudadanos.

Cierto es que, como ha afirmado el Consejo de Estado, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial “son instituciones distintas” y “no constituyen técnicas intercambiables en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>596</sup>.

Así y siguiendo a dicho Organismo, mientras la expropiación consiste en una privación singular, acordada imperativamente por la Administración, de derechos e intereses patrimoniales de los particulares cuyo fundamento se encuentra en el interés general, previamente concretado en la concurrencia declarada de una utilidad pública o interés social, excluyendo lo anterior la idea de antijuridicidad en el actuar administrativo que priva o menoscaba los derechos de los particulares afectados, el instituto de la responsabilidad patrimonial es un mecanismo de garantía del administrado frente a las Administraciones públicas a fin de asegurar la compensación de los daños (perjuicio injusto) que sufren como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, pivotando la responsabilidad primordialmente sobre la base de su antijuridicidad.

En las expropiaciones que puedan producirse con ocasión del ejercicio de la función de regulación (expropiaciones indirectas) y en las que no opere la garantía expropiatoria,

---

<sup>596</sup> Consejo de Estado, Dictamen 9/2014, de 23 de julio de 2014

la responsabilidad patrimonial operará como garantía indemnizatoria de último recurso a disposición de los ciudadanos, de apreciarse lesión del derecho.

De todo lo anterior resulta que el estudio de los límites del riesgo regulatorio con arreglo al Derecho español, además de partir del reconocimiento de la propiedad privada, de la garantía expropiatoria y del principio de responsabilidad patrimonial, exige examinar instituciones como la responsabilidad del Estado legislador, doctrinas como el *factum principis* y, sobre todo, una serie de principios (como los de seguridad jurídica, irretroactividad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima o rentabilidad razonable) que los poderes públicos deben observar con ocasión del ejercicio de la función de regulación y que han de servir a los tribunales de justicia para enjuiciar su actuación.

## 7.1. Antecedentes históricos

La irretroactividad de las normas, la garantía expropiatoria o el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración son principios o instituciones que han sido tratadas por el Derecho desde antiguo. Para contextualizar debidamente el examen de dichos límites en nuestro Derecho se entiende necesario hacer una breve referencia al origen y evolución de aquéllos.

### a) *El principio de irretroactividad*

En el Derecho Romano la confianza (*fides*) en las normas jurídicas (los edictos, las leyes y las constituciones imperiales) exigía, con carácter general, la no atribución a las mismas de eficacia retroactiva.

Cicerón, en su famosa acusación frente a Gayo Verres (pretor de Sicilia entre los años 73 y 71 AC), censuró la promulgación por el mismo de una norma a la que se atribuyó eficacia retroactiva. Para dicho autor, la confianza en el ordenamiento jurídico exige que en un momento dado todos tengan la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus acciones, no pudiendo las normas nuevas extender sus efectos hacia el pasado, sobre hechos acaecidos, situaciones jurídicas producidas o relaciones jurídicas nacidas estando vigente el Derecho preexistente, sino únicamente “*post hanc legem rogatam*”<sup>597</sup>.

La regla “*omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*” (conocida como “regla teodosiana”, por venir recogida en el Código Teodosiano<sup>598</sup>) sancionó oficialmente el principio de irretroactividad de las normas, afirmando que las modificaciones normativas han de dirigirse a establecer el modo en que han de ser juzgados nuevos hechos y no a regular situaciones pretéritas.

El principio de irretroactividad de las leyes fue observado en el Derecho romano, particularmente en el ámbito del Derecho privado, si bien en diversas ocasiones se

---

<sup>597</sup> MARCO TULLIO CICERÓN, *In Verren*, II, 1, 41, 107 y 1, 42, 108.

<sup>598</sup> *Codex Theodosianus*, L I, 1, 3

atribuyó a las nuevas normas eficacia interpretativa o aclaratoria de las vigentes con anterioridad (“*novum ius non dat sed datum significat*”).

El Digesto de Justiniano incluyó la “regla Teodosiana” dentro de su Libro I haciendo uso de la siguiente formulación: “*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*”<sup>599</sup>.

El Fuero Real promulgado por Alfonso X El Sabio contempló el principio de irretroactividad de la ley penal, señalando el deber de aplicar las leyes y las penas “*que debe haber en el tiempo que fizo la culpa e non en el tiempo en que es dada la sentencia*”<sup>600</sup>.

Las Partidas insistieron, asimismo, en la importancia de respetar las situaciones y las relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de una determinada norma, afirmando que “*el tiempo en que son comenzadas e fechas las cosas debe ser siempre acatado*”<sup>601</sup>.

Y la Novísima Recopilación, por su parte, recogió una cédula de 1511 que ordenaba a los jueces guardar, cumplir y ejecutar las Leyes de Toro de 1505 en los procesos de que conocieran tras su publicación “*aunque los casos y negocios sobre los que los dichos pleytos se comenzaron, o se comenzaren o movieren de aquí adelante, hayan acaescido y pasado antes que las dichas leyes se hicieren y ordenasen; excepto en los casos que las dichas leyes de Toro expresamente dicen y declaran, que no se entiendan ni extiendan a las cosas y negocios pasados*”<sup>602</sup>.

Las constituciones históricas se limitaron a plasmar el principio de irretroactividad de la ley penal. Así, por ejemplo, el art 16 de la Constitución de 1878 indicaba que “ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban”. En sentido similar, se pronunciaba el art. 28 de la Constitución de 1931.

---

<sup>599</sup> *Digesto*, Libro 1, Título 3, Ley 22.

<sup>600</sup> Fuero Real, Libro IV, Título 5, Ley 1

<sup>601</sup> Tercera Partida Capítulo XIV. Ley XV.

<sup>602</sup> Libro Tercero, Título II, Ley VI.

En todo caso, el reconocimiento del principio de irretroactividad de las nuevas normas no impidió dictar normas con eficacia temporal retroactiva.

Así, la Novísima Recopilación previó la posibilidad de aplicar retroactivamente normas limitativas de derechos en ámbitos como el hacendístico: “Mandamos que se guarde por ley y condición general para en todos los arrendamientos de nuestras Rentas, que si de las leyes y condiciones que para ellos están fechas, y de otras cualquier leyes, y aranceles y condiciones, o de alguna de ellas se hicieren adelante por S.M. y por los del Consejo, o por sus Contadores mayores algunas declaraciones y limitaciones, o de moderaciones que de justicia o por buena gobernación se deben hacer por Pragmáticas y Leyes de estos Reynos, o cartas de S.M. que sean obligados los arrendadores de las dichas Rentas a las guardar y cumplir, y estar y pasar por lo que así sobre ello fuere declarado y determinado, o moderado o limitado, sin poner por ello, ni por cosa alguna, ni parte de ello descuento alguno”<sup>603</sup>.

Y el art. 2.1 CC estableció la irretroactividad de las leyes como principio general, aunque previó la posibilidad de que las mismas “dispusieren lo contrario”.

#### *b) La garantía expropiatoria y la responsabilidad patrimonial*

La progresiva ampliación de las funciones de los Estados moderno y contemporáneo y la delimitación cada vez con mayor intensidad del alcance de los derechos individuales (particularmente, del de propiedad privada) en función de consideraciones relacionadas con el interés general o social ha llevado a incrementar el número de normas dotadas de eficacia retroactiva.

La conflictividad que el anterior proceso ha representado se ha visto atemperada por el reconocimiento y desarrollo tanto de la garantía expropiatoria como del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Constitución de 1812, después de reconocer en su art. 4 el derecho de propiedad privada (“la Nación está obligada a conservar y proteger por Leyes sabias y justas la

---

<sup>603</sup> Libro IX Título IX, Ley III. Citado en GALLARDO FERNÁNDEZ, F. *Origen, progresos y estado de las rentas de la Corona de España, su gobierno y administración.*, Madrid, Imprenta Real, 1806, Tomo IV, pág. 70.

libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”), estableció en su art. 172 la garantía expropiatoria con el siguiente alcance:

“Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: (...)

10. No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuese necesario para un objeto de conocida utilidad pública común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos”.

Dicha garantía apareció reflejada nuevamente en los arts. 10 de las Constituciones de 1837 y 1845 (guardando su redacción, por cierto, notables similitudes con la contemplada en el art. 33.3 de la Constitución de 1978):

“No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización”.

En términos similares a los anteriores, los arts. 12 y 13 de la Constitución de 1856 prohibieron la confiscación de bienes y la privación del derecho de propiedad, salvo causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.

El art. 13 de la Constitución de 1869, fiel a la filosofía liberal que la preside, supeditó la confiscación de bienes a la existencia de una sentencia judicial (“nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial”) estableciendo la responsabilidad personal de los funcionarios que la impusieran de otro modo (“Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado”).

En la misma línea, el art. 14 de la Constitución de 1869 dispensó una mayor protección al derecho de propiedad en caso de expropiación al exigir la intervención de la autoridad judicial:

“Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado”.

El art. 10 de la Constitución de 1876 retornó a una formulación de la garantía expropiatoria análoga a la contenida en las Constituciones de 1837 y 1845, si bien previó la garantía jurisdiccional de los expropiados:

“No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán, y en su caso reintegrarán, en la posesión al expropiado”.

La Constitución de 1931 supuso una clara ruptura con la tradición decimonónica y sustituyó la concepción liberal del derecho de propiedad privada por otra más ajustada a las exigencias del Estado social. En el anterior sentido, su art. 44 disponía que:

“Toda la riqueza del país sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una Ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por Ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes”.

Como puede advertirse, la Constitución de la Segunda República, además de subordinar toda la riqueza nacional a los intereses de la economía nacional, pasó a definir la *causa expropiandi* en los procedimientos expropiatorios con mayor amplitud, al referirla no a la “utilidad pública” sino a la “utilidad social”, y contempló la posibilidad de que la “adecuada indemnización” inherente a la garantía expropiatoria pudiera no existir o no ser adecuada siempre que así se estableciera por ley aprobada por mayoría absoluta de las Cortes.

El Fuero del Trabajo de 1938 limitó en mayor medida aún el derecho de propiedad privada, en línea con la notable ampliación de los poderes del Estado propia del régimen surgido de la Guerra Civil. Así, su Declaración XII, tras reconocer y amparar la propiedad



privada como “medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales”, señala que “todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado”.

En la misma línea, el Fuero de los Españoles de 1945 (art. 30) estableció que “todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común”, si bien prohibió la confiscación y reconoció la garantía expropiatoria (art. 32) en los siguientes términos:

“En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”

Finalmente, el art. X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, posterior a la Ley de Expropiación Forzosa vigente, reconoció la propiedad privada como “derecho condicionado a su función social”.

En cuanto al reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, el mismo está en muy buena medida asociado al advenimiento del Estado de derecho tras la Revolución Francesa, toda vez que en el Estado absoluto regía la máxima *hobbesiana* de que el soberano lo puede todo, pudiendo realizar incluso lo injusto sin incurrir por ello en responsabilidad (“*the King can do no wrong*”).

En un primer momento, la Administración continuó siendo irresponsable al diferenciarse su actuación como poder (en el que intervenía revestida de *imperium*) y como persona privada (en el que realizaba actos de gestión a través de sus funcionarios y agentes).

Mientras que en el primer ámbito se consideraba que quien crea el Derecho no debe ser responsable de su violación, en el segundo se entendía que su actuación se producía no directamente sino a través de dichos funcionarios y agentes, que podían incurrir en responsabilidad civil en caso de que sus actuaciones resultaran contrarias a Derecho.

En el anterior sentido, el Código Civil (“CC”), después de establecer el principio general según el cual el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado (art. 1902 CC), estableció que “el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial;

pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

Las insuficiencias del anterior sistema llevaron a sustituirlo por otro en el que la Administración respondiera civilmente, con carácter subsidiario, de la actuación de sus agentes.

Así, la Constitución de 1931, además de regular la responsabilidad civil y criminal de diversos responsables públicos, estableció que “todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones”.

La necesidad de responder de los perjuicios irrogados incluso por actuaciones ajustadas a Derecho llevó a sustituir el anterior sistema de responsabilidad basada en los principios del Derecho civil por otro basado en los del Derecho público.

El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración sobre dichas bases comenzó a fraguarse a finales del siglo XIX, aunque no con carácter general sino en ámbitos concretos.

Así, la Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 regulaba en su art. 130 los supuestos de responsabilidad de las diputaciones provinciales. En el mismo sentido, el art. 180 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1887 establecía los supuestos en los que los Ayuntamientos y concejales incurrían en responsabilidad.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de Administración del Estado con carácter objetivo se produjo en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyo art. 121, dentro del capítulo relativo a la “indemnización por otros daños”, señala que “dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

En el mismo sentido, el art.40.1 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, disponía que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Hasta la aprobación de las anteriores leyes, la responsabilidad patrimonial de la Administración se construía sobre la base de la concurrencia de culpa, no viniendo obligada la Administración a responder de los perjuicios causados como consecuencia de la adopción de medidas normativas legítimas en el ámbito de sus competencias y con arreglo al procedimiento establecido.

## **7.2. Función de regulación y responsabilidad patrimonial. La responsabilidad del Estado legislador**

Los poderes públicos pueden irrogar daños y perjuicios a los particulares con ocasión del ejercicio de la función de regulación, pudiendo ello ocurrir tanto con ocasión del establecimiento o modificación de un determinado marco regulatorio como de su aplicación (ejecutándolo o, incluso, dirimiendo en sede judicial los conflictos a que pueda dar lugar), surgiendo la duda de en qué términos y con qué alcance han de responder aquéllos por razón de dichos daños y perjuicios.

Como indica SOTO KLOSS<sup>604</sup>, “todo daño –cualquiera que sea su naturaleza– significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea éste natural o jurídico, público o privado: esto es, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y suele ser norma constitucional que «nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador», y mediando la correspondiente indemnización por el daño efectivamente causado, a la cual el expropiado siempre tiene derecho. Y la privación de lo suyo puede provenir ya de la acción u omisión de un particular (natural o jurídico), ya de la acción u omisión de una autoridad pública (sea ésta legislativa, administrativa, controladora o judicial), y si ello es así, necesario es concluir que el daño o perjuicio que sufre o ha sufrido un sujeto (natural o jurídico) con motivo o con ocasión de una acción u omisión de una autoridad significa, implica o comporta un menoscabo, una lesión, un detrimento, a su patrimonio, y puesto que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser indemnizado, tal detrimento, tal lesión, tal menoscabo, debe ser reparado a quien lo ha sufrido por aquel que lo ha provocado”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de responsabilidad patrimonial de la administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal y como lo conocemos en la actualidad<sup>605</sup>, fue objeto de consagración legal tanto en la

---

<sup>604</sup> Citado en GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2016), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters-Civitas, 8ª Ed. pág. 70. SOTO KLOSS (1982), “La responsabilidad pública: enfoque político (en torno a la idea clásica de la restitución)”, *Responsabilidad del Estado*, UNSTA.

<sup>605</sup> Respecto del proceso seguido para la construcción del principio vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial...*, *Op. cit.*, págs. 45 y ss.

vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 como en el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957.

El art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, ubicado dentro del Capítulo II de su Título Cuarto (relativo a la “indemnización por otros daños”), indica que “dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

El procedimiento al que se refiere el anterior precepto es el contemplado en las normas sobre determinación de la indemnización por daños a la ocupación temporal de inmuebles y el justiprecio de los muebles (arts. 108 y siguientes de la propia Ley).

Hasta la aprobación de la CE no resultó posible hablar propiamente en nuestro Derecho de “responsabilidad del Estado legislador” toda vez que, siendo la ley la norma suprema del ordenamiento jurídico, el producto de la actividad del legislador no era susceptible de ser fiscalizado en modo alguno por los tribunales de justicia, quedando la responsabilidad patrimonial circunscrita a la de la Administración Pública con ocasión del ejercicio del poder ejecutivo o, a lo sumo, de la potestad reglamentaria.

La Constitución de 1978, además de contemplar el principio general de “responsabilidad de los poderes públicos” (art. 9.3) y un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley (arts. 161.1.a) y 163), reconoce tanto la garantía expropiatoria (art. 33.3) como el principio de responsabilidad patrimonial de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2).

Con arreglo a dicha garantía “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”

Y en cuanto al principio de responsabilidad patrimonial de la administración, “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados

por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Como señala SANTAMARÍA PASTOR, el principio de garantía patrimonial consagrado por la Constitución puede encuadrarse entre los que integran la cláusula del Estado de Derecho contenida en su art. 1.1, siendo además la base del sistema de economía de mercado proclamado en el art. 38, que no sería tal si las Administraciones Públicas pudieran desconocer a su libre arbitrio los derechos de propiedad de los particulares<sup>606</sup>.

La determinación del alcance exacto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas “por funcionamiento de los servicios públicos” (incluido el ejercicio por las mismas de la función de regulación) queda remitida por el art. 106 CE a lo que pueda disponer el legislador ordinario.

Otro tanto ocurre con la responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 CE).

Nada dice la Constitución, sin embargo, acerca de la responsabilidad del Estado legislador, responsabilidad que, en principio y como señala RUÍZ LÓPEZ, comprendería “todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento”<sup>607</sup>.

La cuestión de si el Estado central o las comunidades autónomas deben responder de los daños que irroguen a los particulares con ocasión del ejercicio de la potestad legislativa ha generado en nuestro país un intenso debate doctrinal<sup>608</sup> a cuya resolución

---

<sup>606</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018), *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, Iustel, 5ª ed., págs. 64 y ss.

<sup>607</sup> RUÍZ LÓPEZ, M.A. (2013), “Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, 6, Págs. 66-95.

<sup>608</sup> Entre los principales detractores de la responsabilidad del Estado legislador, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson Civitas, 2ª. ed., págs. 102 y ss. A favor de la misma, por ejemplo, GARRIDO FALLA, E. (1989), “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *RAP* nº 188.

no ha contribuido, precisamente, una Jurisprudencia un tanto errática<sup>609</sup> elaborada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

En el anterior sentido y como expresa GONZÁLEZ PÉREZ, “la idea de que el Estado, en su faceta legislativa, está colocado por encima de la ley y, por tanto, únicamente será responsable de los daños que ocasione al legislar cuando la propia ley lo establezca todavía está latente en los distintos ordenamientos”, si bien “cada día se extiende con mayor fuerza la idea de que tampoco en el ejercicio de la función legislativa el Estado está exento de responder de los daños que pueda ocasionar, muy superiores en cuantía y extensión a los que puede ocasionar al administrar”<sup>610</sup>.

Señala ALONSO GARCÍA que la inmunidad tradicional de los parlamentos por los perjuicios derivados de las leyes que aprueban se ha anudado a dos factores que revelan la diferente posición del poder legislativo y del poder ejecutivo como son, por una parte, la posición e independencia de las Cortes Generales, órgano que expresa la soberanía del pueblo español, y, por otra, la generalidad de la ley en cuanto norma, que impide que los perjuicios que de su aplicación se deriven se puedan calificar como especiales o particulares<sup>611</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia han pretendido fundamentar la responsabilidad del Estado legislador, entre otros, en los principios de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), de igualdad ante las cargas públicas o de protección de la confianza legítima.

Respecto del principio contenido en el art. 9.3 CE, es indudable su condición de principio general del derecho y la amplitud de su tenor literal que, al utilizar *in genere* los términos “responsabilidad” y “poderes públicos”, hace posible entender incluidos en su

---

<sup>609</sup> Como indica RUÍZ LÓPEZ, “la exagerada liberalidad con la que se ha admitido la responsabilidad del legislador en la práctica de los Tribunales contencioso-administrativos no siempre ha estado acompañada de la necesaria reflexión, sino que, por el contrario, la jurisprudencia ha dado muestras de sus muchas dudas y contradicciones a lo largo del tiempo en innumerables pronunciamientos que abordan la responsabilidad del legislador en ámbitos extraordinariamente diversos (tributario, urbanístico, medio ambiente, personal, puertos, costas, etc.), en correspondencia con el alcance indiscriminado con el que se ha formulado la teoría de la responsabilidad del Estado-legislador. RUÍZ LÓPEZ, M.A., “Retrospectiva y alcance ...”, *Op. Cit.* pág. 3.

<sup>610</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad ... Op. cit.*, pág. 63.

<sup>611</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, M.C. (1999), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, págs. 24 y ss.

seno cualquier tipo de responsabilidad, incluida la patrimonial, y cualquier clase de poder público, incluido el legislativo.

GARCÍA DE ENTERRÍA entiende, sin embargo, que dicho precepto no se refiere en modo alguno a la responsabilidad patrimonial -que el art. 106.2 CE limita únicamente a los supuestos de lesión debida al “funcionamiento de los servicios públicos”- sino a la responsabilidad general de los gobernantes y titulares de los poderes públicos, responsabilidad general que tiene diversas manifestaciones (responsabilidad penal, civil, contable o política). A juicio de dicho autor, “el principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador”. El mismo constituye una inequívoca alusión al “principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben “dar cuenta” a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma”<sup>612</sup>.

Para GONZÁLEZ PÉREZ, sin embargo, no resulta tan censurable que los juzgados y tribunales pretendan impartir justicia invocando el art. 9.3 CE para hacer frente a supuestos gravísimos de lesiones patrimoniales irrogadas por una ley, constitutivas de auténticos despojos, en los que concurren los requisitos exigidos en sede legal para condenar a la Administración pública, pudiendo entenderse incluida la “responsabilidad patrimonial” dentro del concepto genérico “responsabilidad” utilizado en el mencionado precepto constitucional.

El Tribunal Supremo, ya en su Sentencia de 30 de noviembre de 1992, negó, sin embargo, la virtualidad del art. 9.3 CE como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, afirmando que “si en la exigencia de responsabilidad por actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo en los arts. 106.2 y 121 de la Constitución, los mismos se remiten, y por tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del art. 9.3 del Texto Constitucional, la

---

<sup>612</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003), “El principio de la “responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 67, págs. 25 y ss.



necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones”<sup>613</sup>.

Posteriores sentencias del Tribunal Supremo, como la de 6 de abril de 2005, confirmaron que “no puede constituirse por los tribunales una responsabilidad por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 de la norma fundamental”<sup>614</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existen sentencias del Tribunal Supremo que claramente afirman que “la responsabilidad patrimonial por actos del legislador está contemplada en el artículo 9.3 de la Constitución”<sup>615</sup>.

En cuanto al principio de igualdad ante las cargas públicas, el mismo parte de entender que los sacrificios patrimoniales que una ley pueda imponer a uno o varios particulares se establecen en beneficio del conjunto de la comunidad, debiendo ser ésta la que compense a aquéllos los daños que su aplicación pueda irrogarles (*ubi commodum ubi est incommodum o ibi emolumentum ibi onus*).

Dicho principio constituye el fundamento de la expropiación forzosa, institución en la que el beneficio para la comunidad y el daño para el particular concurren de modo patente y cuyo ejercicio se incardina generalmente dentro de la función ejecutiva que incumbe a las distintas administraciones públicas territoriales.

Sin embargo, dicho beneficio y daño son mucho más difusos cuando de una ley se trata, oponiéndose la generalidad que de la misma se predica, en principio, a la consideración como especiales de los perjuicios irrogados con ocasión de su aplicación, debiendo los mismos, de resultar posible, ser resarcidos con fundamento en el instituto de la expropiación forzosa.

Y respecto del principio de confianza legítima, de creación jurisprudencial y positivizado tras su introducción en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, ha sido

---

<sup>613</sup> STS de 30 de noviembre de 1992, rec. 46/1989, F.J. 3º.

<sup>614</sup> STS de 6 de abril de 2005, rec. 7944/2000, F.J. 3º.

<sup>615</sup> STS de 18 de mayo de 2000, rec. 559/1996, F.J. 3º.

frecuentemente invocado en diversas sentencias que han analizado la posible existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

A juicio de GALÁN VIOQUE, “el principio de seguridad jurídica en su trasunto de confianza legítima se ha convertido en un parámetro decisivo para determinar la antijuridicidad de los daños imputables a las leyes”<sup>616</sup>.

Sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que para que el principio de confianza legítima pudiera servir de fundamento de la responsabilidad del Estado legislador debería tener rango constitucional, de forma que determinara la antijuridicidad y consiguiente declaración de inconstitucionalidad de la ley por el hecho de no contemplar un régimen de compensaciones para quienes pudieran resultar afectados por la misma.

Para dicho autor, “la libre configuración, como facultad necesaria del legislador, resulta insoslayable y echa por tierra definitivamente cualquier intento de condicionarla invocando la confianza que cualquiera pudiera haber puesto en una estabilidad normativa cualquiera o gravando su ejercicio con cargas indemnizatorias a favor de quienes invoquen un perjuicio derivado del cambio normativo. Se trata, en su opinión, de una regla esencial del sistema”<sup>617</sup>.

Para GONZÁLEZ PÉREZ, sin embargo, no está en tela de juicio el que el legislador pueda cambiar la Ley sino si el Estado, que es uno (legislador, administrador y juez), debe indemnizar los perjuicios cuantificables económicamente que deriven directamente del cambio legislativo y que se irroguen a quien actuó en la confianza que le daban ciertos actos de la Administración realizando importantes inversiones.

El fundamento último de la responsabilidad del Estado legislador, a juicio de dicho autor, reside en el “imperativo de la Justicia, como lo es la reparación de toda situación injusta sufrida por la víctima”<sup>618</sup>.

El debate doctrinal expuesto anteriormente se mantiene vivo en la actualidad, habiéndose recurrido a la ley para tratar de suplir el insuficiente (o, cuando menos, discutible) fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado legislador.

---

<sup>616</sup> GALÁN VIOQUE, R. (2001), La responsabilidad del Estado legislador, CEDECS.

<sup>617</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial... Op. cit.*, págs. 49 y ss.

<sup>618</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad ... Op. cit.*, pág. 70.

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo se opuso al reconocimiento de la responsabilidad por actos de aplicación de las Leyes dado que “no tiene tratamiento específico en el texto constitucional”, resultando necesario “un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles”<sup>619</sup>.

Con aparente intención de zanjar el anterior debate doctrinal y jurisprudencial, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reguló no solo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino, además, la responsabilidad del Estado legislador.

El art. 139 de dicha Ley, tras establecer en su aptdo. 1 que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, indicaba en el aptdo. 3 que “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

La regulación de la responsabilidad del Estado legislador contemplada en el art. 139.3 de la Ley 30/1992 fue duramente criticada por GARRIDO FALLA, que calificó dicho precepto como “cicatero, involucionista y difícilmente constitucional”<sup>620</sup>.

Para GALÁN VIOQUE se trataba de una “pretendida regulación de la responsabilidad por los daños causados por leyes válidas que en realidad perseguía dejar sin efecto esta clase de responsabilidad”<sup>621</sup>.

LEGUINA VILLA, por su parte, se limitó a poner en entredicho la necesidad de un precepto como el contenido en el art. 139.3 de la Ley 30/1992 toda vez que “no parece dudoso que, antes de su alumbramiento, el legislador ya podía hacer lo que esta Ley le

---

<sup>619</sup> STS de 30 de noviembre de 1992, rec. 46/1989, F.J. 3º.

<sup>620</sup> GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. (2000), *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, pág. 368.

<sup>621</sup> GALÁN VIOQUE, R. (2015), “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador”, *Doctrina Administrativa*, nº 2, enero-diciembre, INAP.

permite hacer: fijar medidas de reparación o compensación por los perjuicios que los cambios legislativos pueden ocasionar a determinados círculos de destinatarios”<sup>622</sup>.

En la actualidad, la responsabilidad patrimonial del Estado aparece regulada en el art. 32 de la Ley 40/2015.

Dicho precepto, bajo la rúbrica “principios de la responsabilidad”, parte de establecer (apdo. 1) el derecho de los particulares a “ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, sin que la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de los actos o disposiciones administrativas presuponga, por sí misma, derecho a la indemnización, siendo necesario, en todo caso (apdo. 2), que el daño alegado sea “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Y en su apdo. 3 contempla la responsabilidad por la “aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria” en los siguientes términos:

“Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

El apdo. 3 del art. 32 de la Ley 40/2015 (a diferencia de lo que preveía el art. 139.3 de la Ley 30/1992) señala que la responsabilidad del Estado legislador, siempre que concurren los requisitos contemplados en los dos primeros aptdos. del propio artículo, pueda surgir, además:

- “Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional”<sup>623</sup>, siempre que el particular haya obtenido, en

---

<sup>622</sup> LEGUINA VILLA, J. (1993), “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones*, Tecnos, págs. 408 y ss.

<sup>623</sup> En cuanto a la responsabilidad por razón de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, ni la Constitución ni la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se refieren a los efectos de las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad,

cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño y que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada (aptdo. cuarto)<sup>624</sup>.

---

correspondiendo al propio Tribunal, según señala la Sentencia constitucional 45/1989, de 20 de febrero, la tarea de “precisar su alcance en cada caso”. En ausencia de toda previsión en la sentencia corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo la determinación de dichos efectos con ocasión de la resolución de los recursos frente a las desestimaciones de las eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular los particulares perjudicados por la aplicación de la ley declarada inconstitucional.

El Tribunal Supremo ha declarado (por todas, STS de 29 de febrero de 2000, rec. 49/1998) que “la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles”. Y con cita de la Sentencia de 11 de octubre de 1991 indica que “el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley”. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, lo dispuesto por el art. 40.1 de la propia Ley Orgánica 2/1979, que indica que “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. No obstante ello y como señala la propia Sentencia de 29 de febrero de 2000, “la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”. Es más, el Tribunal Supremo (STS de 18 de octubre de 2001, rec. 447/1998) ha indicado que “no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa”.

En relación con esta materia, vid. AHUMADA RUÍZ, M. (2001) “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62, págs. 301-352; DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018) “La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº. Extra 31, págs. 411-430; GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2005) “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional”, *Revista de Administración Pública*, nº 166, págs. 99-147; o NARBÓN FERNÁNDEZ, J. (2014) “La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales (En especial la perspectiva de los votos particulares)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 35, págs. 7 y ss.

<sup>624</sup> Respecto del cumplimiento del requisito establecido en el 32.4 de la Ley 40/2015 de que se haya recurrido la actuación administrativa de aplicación de la ley causante del daño y de que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria del recurso, la STS de 14 de septiembre de 2020, rec. 2486/2019, F.J. 3º, ha señalado que los mecanismos que permiten darlo por cumplido “comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control

- “Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la UE”<sup>625</sup>, siempre que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, se hubiera alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada, y se trate de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, el incumplimiento esté suficientemente caracterizado y exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración

---

jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y, entre estas formas de impugnación, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15”.

<sup>625</sup> El principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros como consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (particularmente, de la obligación que les incumbe de incorporar debidamente a los ordenamientos internos el contenido de las directivas) ha sido construido por el TJUE a partir de sus sentencias de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, y de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland y The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*.

En la sentencia dictada en el asunto *Francovich*, el TJUE afirma que “la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconoce se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro” (apdo.33), que la posibilidad de dicha reparación a cargo del Estado miembro es “particularmente indispensable” cuando “la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario” (apdo. 34), resultando de lo anterior que “el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado” (apdo. 35). El derecho a la reparación exige que concurren tres requisitos: “que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares”, “que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva” y “que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas” (apdo. 40).

En la sentencia dictada en el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame* el TJUE establece que principio de la responsabilidad estatal es exigible “independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento” (apdo. 32), incluido el caso en que resulte imputable al “legislador nacional” (apdo. 36), debiendo tratarse de un incumplimiento “suficientemente caracterizado”, toda vez que” los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables” de forma que “la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño” (apdo 42).

Sobre dicho principio, vid. COBREROS MENDEZONA, E. (2018) “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, págs. 421-476; COBREROS MENDEZONA, E. (2016) “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs. 315-339; COBREROS MENDEZONA, E. (2015) *Responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea*, Iustel; o GONZÁLEZ CUETO, T. y BLANQUE REY, L. (2017) “La responsabilidad patrimonial del estado por vulneración del derecho de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 9047.

responsable por el Derecho de la UE y el daño sufrido por los particulares (aptdo. quinto)<sup>626</sup>.

El art. 34.1 de la Ley 40/2015, en aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la UE, especifica que solo serán indemnizables los “daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa”<sup>627</sup>.

En todo caso, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con arreglo a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 40/2015 únicamente es exigible en caso de la aplicación de leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley “que no tengan naturaleza expropiatoria”.

Tratándose de leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley con contenido expropiatorio, el art. 32.3 de la Ley 40/2015 no contempla el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por razón de las lesiones que, como consecuencia de su aplicación, sufran en sus bienes y derechos.

---

<sup>626</sup> El establecimiento de los anteriores requisitos ha dado lugar a la interposición por la Comisión Europea de un recurso por incumplimiento frente al Reino de España (asunto C 278/2020). La demanda por incumplimiento, presentada con arreglo al artículo 258 TFUE, se refiere a los artículos 32, aptdos. 3 a 6, y 34 aptdo. 1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015 y al art. 67, aptdo. 1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Para la Comisión Europea las disposiciones controvertidas han alineado el régimen de la responsabilidad del Estado legislador por violaciones de Derecho de la Unión al establecido para las violaciones de la Constitución española por actos del legislador, añadiendo “ciertas condiciones de fondo”. Dicha equiparación “hacen que la obtención de un resarcimiento por violaciones del Derecho de la Unión debidas al legislador español resulte imposible o excesivamente difícil, vulnerándose el principio de efectividad”. Además, las condiciones de fondo añadidas para las violaciones del Derecho de la Unión vulneran el principio de equivalencia, al someter el resarcimiento de daños provocados por el legislador español en infracción de ese Derecho a condiciones menos favorables que las aplicables cuando se trata de daños debidos a una violación de la Constitución española. Sobre esta cuestión, vid. GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016), “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, págs. 381-429; o RUÍZ LÓPEZ, M.A. (2016) “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo III, págs. 2783-2805.

<sup>627</sup> La compatibilidad del anterior requisito con el Derecho de la Unión Europea ha sido cuestionada por la Comisión Europea. Vid. *supra* referencia al asunto C 278/2020, seguido ante el TJUE. Por otra parte, en la Sentencia de 14 de septiembre de 2020, igualmente citada, el Tribunal Supremo señala que, a efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de cinco años, “cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías, para corregir o evitar la efectividad del perjuicio, utilizadas por el interesado” (F.J. 5º).

Lo anterior no implica, sin embargo, que dichas lesiones no resulten indemnizables, sino que la indemnización a la que los particulares puedan tener derecho encontrará su fundamento no en el instituto de la responsabilidad patrimonial sino en el de la garantía expropiatoria contemplada en el art. 33.3 CE.

Salvo que el propio acto legislativo de naturaleza expropiatoria contemple un régimen específico de determinación de la compensación a que pueda haber lugar, la misma habrá de determinarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, cuyo título IV contempla la “indemnización por ocupación temporal y otros daños”.

Resulta preciso, por lo tanto, diferenciar entre las leyes de naturaleza expropiatoria y las que, simplemente, tienen como finalidad delimitar el ejercicio de derechos de contenido patrimonial (como el derecho de propiedad).

Tal y como señala el Alto Tribunal, la prohibición de una determinada actividad (en el caso de autos, la ley madrileña Ley 6/1994, que había prohibido la actividad de extracción de áridos en determinados suelos), “forma parte de la configuración legal de las facultades del dominio y los derechos existentes sobre dichos terrenos establecida por la ley autonómica, y no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino tan sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades han de establecerse como medidas necesarias para la conservación de los espacios naturales a proteger, todo ello en aplicación de la previsión del propio art. 33.2 de la CE que proclama que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», así como del segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1 de la CEDH que reconoce el derecho de los Estados «de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general»”. Así, se entiende que el establecimiento de dicha prohibición “constituye el ejercicio legítimo de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma para la delimitación y protección de los espacios naturales objeto de la ley, de conformidad con la función social de la propiedad, tal y como autoriza el art. 33.2 de la CE”<sup>628</sup>.

---

<sup>628</sup> STS de 27 de septiembre de 2016, rec. 53/2015, F.J. 5º.



Además, debe analizarse si la ley en cuestión contempla una “privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos”, tal y como establece el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Concretamente y como indica el Tribunal Supremo:

“La determinación de que una norma con rango de Ley tiene contenido expropiatorio deberá efectuarse en cada caso concreto”, para lo que “habrá de tenerse especialmente en cuenta el contenido del artículo 1 de la Ley de Expropiación, siendo de especial importancia resolver la cuestión de si la posible privación de derechos o intereses de relevancia patrimonial, se refiere efectivamente a derechos o intereses incorporados al patrimonio del particular, o, por el contrario, constituyen meras expectativas de derecho o, son valores que pertenecen a la comunidad en su conjunto, para cuya adquisición no se han cumplido todavía las cargas impuestas por el ordenamiento jurídico, cuestión ésta de especial relevancia en materia de procesos urbanizadores”<sup>629</sup>.

Así, no resulta indemnizable la privación de las meras expectativas de derecho a que pueda dar lugar la aplicación de leyes, disposiciones y actos con rango de ley.

Las leyes con contenido expropiatorio, por lo tanto, serán constitucionales siempre que contemplen el correspondiente régimen indemnizatorio.

En efecto, el Tribunal Constitucional reputa que la norma con contenido expropiatorio objeto de enjuiciamiento es constitucional toda vez que “el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que sí existe privación de derechos. En efecto, se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios. Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado”<sup>630</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha afirmado en ocasiones que la ausencia de un concreto régimen indemnizatorio en una ley con contenido expropiatorio no determina

---

<sup>629</sup> STS de 18 de mayo de 2000, F.J. 3º.

<sup>630</sup> STC de 19 de octubre de 1989, F.J. 8º.

necesariamente su inconstitucionalidad, pudiendo determinarse la indemnización a que haya lugar con arreglo a las normas generales sobre responsabilidad del Estado legislador.

Así, en su Sentencia 28/1997, en la que se analizaba si la Ley balear 3/1984, de 31 de mayo de 1984, declarando Área Natural de Especial Interés a la zona conocida como «Es Trenc-Salobrar de Campos», “al no contener expresamente previsiones sobre los modos de compensación de las limitaciones que para el derecho de propiedad se derivan de la declaración (...) vulnera las garantías constitucionales del derecho de propiedad y, en particular, el art. 33.3 CE”, el Tribunal Constitucional señala que “el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991 de espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, expresamente establece en su disposición adicional sexta que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos”<sup>631</sup>.

En todo caso, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 32.3 de la Ley 40/2015 deben concurrir los requisitos establecidos en dicho precepto, es decir, el daño o la lesión en los bienes o derechos del particular debe ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, sin que aquél tenga deber jurídico de soportarlo ni concorra un supuesto de fuerza mayor.

Respecto de este último requisito (la antijuridicidad del daño), el Tribunal Supremo ha señalado que:

“Efectivamente del citado art. 139.3 se deduce que el presupuesto sobre el que descansa el derecho a la indemnización por la aplicación de actos legislativos es la existencia de una lesión antijurídica, es decir, que los particulares «no tengan el deber jurídico de soportar», según expresión del precepto, concepto jurídico ya examinado en el ámbito de la responsabilidad

---

<sup>631</sup> STC 28/1997, de 13 de febrero, F.J. 6º.

patrimonial de la Administración, plasmado en el art. 141.1 de la LRJPA que ha de integrarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes y que supone que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación, en cuanto el ordenamiento jurídico no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

En tal sentido, SS. como la de 11 de junio de 1993 (RJ 1993, 4375), que cita las de 11 de abril (RJ 1986, 2633) y 18 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 8115), señalan que existe ese deber jurídico de soportar el daño «cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin derecho a indemnización». Más concretamente, la S. de 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5352) establece que «ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito». Así, del examen de las SS. de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9867), entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sentencias núms. 37/1987, de 26 de marzo, 65/1987, de 21 de mayo, 127/1987, de 16 de julio, 170/1989, de 19 de octubre, y 41 y 42/1990, de 5 de marzo, tiene declarado, en síntesis, que no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión.

En tal sentido la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, señala que «el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria», añadiendo que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración «ex novo» modificativa de la situación normativa anterior, «aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan

derecho por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general». En el mismo sentido se expresa la STC 112/2006, de 5 de abril, reflejándose en la ya citada sentencia de 18 de septiembre de 1997, al indicar que el sacrificio singular no puede identificarse con las limitaciones que la Ley proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, «aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran». Es congruente con todo ello la sentencia de 11 de junio de 2001, que refiriéndose a la jurisprudencia de esta Sala, señala el carácter restrictivo con que se aprecia la responsabilidad patrimonial en estos casos, concluyendo que: «en términos generales excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley»<sup>632</sup>.

Tanto previamente como con posterioridad al reconocimiento en sede legal (primero por la Ley 30/1992 y en la actualidad por la Ley 40/2015) de la responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han venido pronunciándose acerca de diversos supuestos de aplicación de leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley que no contemplaban ningún régimen de compensación de los daños y perjuicios que las mismas pudieran irrogar a los particulares afectados (régimen transitorio, indemnizaciones, etc.) a la luz de, entre otros, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima o de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares.

La ausencia de una previsión acerca del derecho de los particulares a una compensación por razón de los daños irrogados por leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley constitucionales y conformes con el Derecho de la Unión Europea (primer supuesto contemplado en el art. 32.3 de la Ley 40/2015), por lo tanto, no es óbice para dicho reconocimiento, habiendo afirmado el Tribunal Supremo que existe un “núcleo indisponible” para el legislador que resulta del art. 9.3 CE y que hace que el derecho de

---

<sup>632</sup> STS de 16 de diciembre de 2008, rec.453/2006, F.J. 3º.

los particulares a dicha compensación pueda invocarse no obstante la falta en aquéllos de cualquier previsión al respecto<sup>633</sup>.

Así, ya antes de la aprobación de la Ley 30/1992, el Tribunal Constitucional, con ocasión de la resolución del recurso relativo al adelantamiento de la edad de jubilación de los jueces y magistrados, afirmó que los efectos negativos provocados por la nueva legislación (la disposición transitoria primera de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, que establecía un sistema escalonado para determinar la edad de jubilación) podrían originar una “frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos”, efectos negativos que, de no ser corregidos, podrían merecer “algún género de compensación”<sup>634</sup>.

La STS de 30 de noviembre de 1992 fue la primera de una serie de sentencias desestimatorias que resolvieron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas ante el Consejo de Ministros por razón del adelantamiento de la edad de jubilación de jueces y magistrados (y de otros funcionarios públicos) con fundamento en los pronunciamientos contenidos, entre otras, en la Sentencia constitucional 108/1986. El Alto Tribunal entendió que la reforma legal discutida no había supuesto la privación de derecho alguno, no siendo los recurrentes titulares de derechos firmes sino de meras expectativas de derecho de carácter no indemnizable. Para el mismo, la expresión “algún género de compensación” no suponía el reconocimiento de un derecho a indemnización, ya que más bien se trataba de una “reflexión dirigida al propio legislador”<sup>635</sup>.

Las SSTs de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 o 16 de septiembre de 1997, sin embargo, estimaron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por diversas empresas pesqueras por razón de la aprobación de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, por la que se autorizó la celebración del Tratado de Adhesión del Reino de

---

<sup>633</sup> STS de 27 de noviembre de 2009, rec. 603/2007. En la misma se afirma que “ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique (...) Ahora bien, aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantarse la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución” (F.J. 4º).

<sup>634</sup> STC 108/1986, de 29 de julio, F.J. 22º.

<sup>635</sup> STS de 30 de noviembre de 1992, rec. 46/1989, F.J. 7º.

España a la Comunidad Económica Europea, y la consiguiente eliminación progresiva, a lo largo de un plazo de siete años, del sistema de cupos de pesca exentos de arancel. En la primera de las referidas sentencias el Alto Tribunal afirmó, concretamente, que:

“Deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso (...) sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro Ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado (...) aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si estos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual además estaría incluso avalada, tanto por los principios de la buena fe que deben inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, prestablecidas y con finalidad determinada”<sup>636</sup>.

La STS de 17 de febrero de 1998, por su parte, estimó las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por razón de la aprobación de la Ley balear de 31 de mayo de 1984, de Declaración de *Es Trenc-Salobrar de Campos* como “área natural de especial interés”, y consiguiente aplicación a la misma de un régimen especial de protección, estando incluidos en ella diversos terrenos en los que se habían proyectado e iniciado diversas actividades de urbanización, pudiendo implicar la nueva regulación legal una sustancial privación del contenido económico del derecho de propiedad de los recurrentes afectados.

La sentencia entiende que “los principios de buena fe y de confianza legítima son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la

---

<sup>636</sup> STS de 5 de marzo de 1993, rec. 1318/1990, F.J. 3º.

administración, frente a las innovaciones legislativas que sacrifican el expresado principio en aras de los intereses generales de la comunidad”<sup>637</sup>.

No obstante ello, la indemnización reconocida por el Tribunal quedó limitada a los gastos realizados por los recurrentes por razón de los proyectos de urbanización.

Respecto de la pérdida de valor de los terrenos, la sentencia señala que el principio relativo a “la necesidad de consolidación patrimonial de los derechos relevantes económicamente para que su desaparición por obra de la nueva regulación pueda ser considerada como una privación singular susceptible de dar derecho a indemnización no permite, en el caso examinado, entender que debe comprenderse en la indemnización el valor urbanístico de los terrenos sobre los que se proyectaba la urbanización”. Así, se entendió que “sólo hubiera podido hablarse de una privación de derechos patrimoniales propios del contenido del derecho de propiedad ya incorporados en el supuesto, no alegado, de que el nuevo régimen de protección del suelo hubiera privado a su propietario de usos acordes con su clasificación como suelo no urbanizable --agrícolas, ganaderos, forestales, etc.-- de los que se hubiera visto privado, atendido que el valor del llamado derecho a urbanizar puede entenderse concretado en el importe de los gastos a que dieron lugar los proyectos de urbanización”, no pudiendo considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor urbanístico del terreno dado que el grado de ejecución de los instrumentos de planeamiento no era avanzado<sup>638</sup>.

En sus Sentencias de 8 de octubre de 1998 y 9 de octubre de 1998, el Tribunal Supremo analizó el establecimiento por la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante Ley 5/1986, de 28 de julio, de un impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo susceptible de ser repercutido. Dicha norma no contempló las situaciones preexistentes, concretamente, el hecho de que las empresas distribuidoras disponían de existencias adquiridas con anterioridad a su entrada en vigor con arreglo al régimen de intervención de precios entonces vigente y que tuvieron que venderse en el mercado al precio intervenido, debiendo asumir las empresas distribuidoras las pérdidas producidas como consecuencia de no poder repercutir el nuevo impuesto al tiempo de vender dichas existencias (al tratarse de precios sometidos a un régimen de intervención).

---

<sup>637</sup> STS de 17 de febrero de 1998, rec. 327/1993, F.J. 7º.

<sup>638</sup> *Ibid.* FF.JJ. 9º y 10º.

En las referidas Sentencias el Alto Tribunal consideró procedente la indemnización toda vez que “la omisión generadora del perjuicio económico partió del legislador canario que no hizo previsión alguna, en forma de disposición transitoria, para impedir la situación, objetivamente injusta, de la imposible repercusión del tributo sobre los productos almacenados con anterioridad”<sup>639</sup>.

La STS de 22 de febrero de 2000, si bien analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial fundamentada en la declaración de inconstitucionalidad del art. 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (es decir, en la antijuridicidad de la actividad del poder legislativo que creó el citado precepto legal, acto productor de la lesión que fundamenta la demanda), indica, tras transcribir la regulación contenida en el art. 139.3 de la Ley 30/1992, que “si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador («ratio legis») para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar”<sup>640</sup>.

En su Sentencia de 6 de abril de 2005 el Alto Tribunal recuerda que “no puede constituirse por los tribunales una responsabilidad por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 de la norma fundamental ni tampoco mediante la aplicación analógica de los preceptos generales que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos”, si bien señala que “cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños y perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”. Para analizar si una ley ha irrogado daños y perjuicios a los particulares deben utilizarse varios criterios, refiriéndose la sentencia al “principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de las prestaciones” que están “estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”<sup>641</sup>.

---

<sup>639</sup> SSTS de 8 de octubre de 1998 (rec. 5578/1992) y 9 de octubre de 1998 (rec. 5.609/1992), F.J. 3º.

<sup>640</sup> STS de 22 de febrero de 2000, rec. 84/1996, F.J. 2º.

<sup>641</sup> STS de 6 de abril de 2005, rec. 7944/2000, F.J. 4º.



Y en su Sentencia de 17 de junio de 2009 el Tribunal Supremo insiste en que para que nazca la responsabilidad del Estado legislador no resulta necesaria una previsión legal que expresamente prevea la compensación. A su juicio dicha responsabilidad nace “si se dedujera del acto legislativo siquiera de modo presunto un propósito indemnizatorio cuando se constate la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria”<sup>642</sup>.

No obstante, en el caso analizado por la sentencia (relativo al cambio de clasificación de determinados suelos por ministerio de la Ley balear 6/1999) se entiende que no se ha irrogado un daño de tal naturaleza, pues únicamente existieron meras expectativas o especulaciones insuficientes para la aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial.

Todas las anteriores sentencias ponen de manifiesto el carácter expansivo de la responsabilidad patrimonial -y, concretamente, de la responsabilidad del Estado legislador- como instituto que, junto con la garantía expropiatoria, hace posible el sometimiento de los poderes públicos a la ley y al Derecho.

Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, “la importantísima innovación introducida por la Ley de Expropiación Forzosa supuso, pues, no obstante lo forzado de la misma, un éxito completo, que revolucionó radicalmente nuestro Derecho Administrativo, que continúa operando con la misma fórmula”<sup>643</sup>.

---

<sup>642</sup> STS de 17 de junio de 2009, rec. 944/2005, F.J. 5º.

<sup>643</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005) “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, *Revista de Administración Pública*, nº 166 pág. 102.

### **7.3. Efectos de la aprobación de normas sobre los contratos del sector público.**

#### **La doctrina del *factum principis*.**

Las inversiones realizadas al amparo de contratos de tracto sucesivo y larga duración pueden verse afectadas, durante su vigencia, por la aprobación de nuevas normas. En la medida en que dichas normas tengan eficacia retroactiva e incidan de alguna manera sobre la ejecución del contrato, se plantea la cuestión de si el contratista tiene o no derecho a ser compensado por razón de las mismas.

El reconocimiento del derecho a una compensación a favor de los particulares que hayan celebrado contratos con las administraciones públicas por razón de los perjuicios que les puedan irrogar los cambios normativos comenzó a abrirse paso en la Jurisprudencia de finales del siglo XIX.

En su Sentencia de 7 de marzo de 1895, relativa a las obras de ampliación del Puerto de Málaga, el Tribunal Supremo, visto el notable encarecimiento de las mismas como consecuencia del incremento de los aranceles de algunos de los productos a utilizar en ellas, concluyó que al alterarse de manera tan importante el nuevo arancel se impone al contratista un gravamen injustificado que no pudo prever al aceptar los precios de la contrata, viniendo el mismo impuesto contra todo principio de justicia. De no atenderse las pretensiones de la sociedad demandante resultaría un lucro para los intereses generales del Estado con perjuicio evidente de la sociedad contratista.

Por otra parte, y con fundamento en la doctrina emanada del Consejo de Estado francés, el Consejo de Estado ha construido en nuestro Derecho la doctrina del *factum principis* como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos públicos en general cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista.

En su importante dictamen de 31 de octubre de 2002, el Alto Organismo Consultivo del Estado analizó las “modificaciones normativas con incidencia en la concesión”.

Dichas modificaciones deberían traducirse, en principio, en la modificación del contrato mismo en virtud del ejercicio de la prerrogativa exorbitante y unilateral de modificación de los contratos (*ius variandi*) y dar lugar a la correspondiente compensación, compensación que no queda supeditada a que el contrato sea efectivamente modificado:

“Las modificaciones normativas con incidencia en contratos y concesiones administrativas pueden obligar a la Administración a efectuar las modificaciones contractuales procedentes con el fin de adecuar el contenido del contrato a los cambios sobrevenidos en el ordenamiento jurídico que sean de aplicación al mismo (lo que constituye una "necesidad nueva" y una "causa imprevista" a los efectos del artículo 101.1 LCAP, y una razón "de interés público" a los efectos del derogado artículo 74 LCE). En caso de que tal modificación se produzca efectivamente, producirá los efectos que han sido expuestos en el apartado anterior. No obstante, el incumplimiento de esta obligación por parte de la Administración -cuando exista- no puede perjudicar al contratista, pues ello resultaría contrario a la buena fe que debe presidir los efectos del contrato. Por ello, el derecho a una compensación económica contemplado en el artículo 74 LCE (y en el vigente artículo 163.2 LCAP) no queda enervado por el incumplimiento, por parte de la Administración, del deber de introducir aquellas modificaciones en el contrato que resulten necesarias para adecuar su contenido a los cambios sobrevenidos en el ordenamiento jurídico que resulten de aplicación al mismo”.

En todo caso, entiende el Consejo de Estado que la aprobación de una norma que incida sobre la economía del contrato puede llevar asociados otros efectos que tengan un tratamiento diferente al de la modificación contractual pero que hagan nacer el derecho a una compensación:

“No obstante, también cabe que de la misma aprobación de la norma resulten directamente otros efectos, bien sea porque este hecho constituya un *factum principis*, bien en virtud del principio de responsabilidad del Estado legislador o por constituir una expropiación legislativa. La indemnización obtenida por esta vía haría innecesaria la compensación contemplada en el artículo 74 LCE (y en el vigente artículo 163.2 LCAP)”.

Y se refiere, particularmente, al supuesto del *factum principis* en los siguientes términos:

“Como se puso de manifiesto en el dictamen del Consejo de Estado número 3.725, de 3 de noviembre de 1948 (seguido por muchos otros dictámenes, como por ejemplo los números 46.172, 46.886, 31/92, de 13 de febrero de 1992 y 32/92, de 20 de febrero de 1992), existe *factum principis* "cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general de imperium". Se trata, en definitiva, de "intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato" (véanse los dictámenes del Consejo de Estado números 46.172,

46.886, 31/92 y 32/92). Se excluye el supuesto de que la actuación de la Administración haya venido determinada por circunstancias ajenas a su poder de decisión, en cuyo caso no concurrirá un *factum principis*, sino una mera alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes (dictámenes del Consejo de Estado números 31/92 y 32/92, anteriormente citados).

A diferencia de la acción ex artículo 74 LCE (o ex art. 163.2 de la vigente LCAP), que tiene naturaleza y fundamento contractual, la acción para obtener una compensación nacida del *factum principis* tiene naturaleza y fundamento extracontractual, aun cuando la compensación deba liquidarse en el seno del contrato en el que el *factum principis* ha incidido, como se puso de manifiesto en los dictámenes del Consejo de Estado números 46.172, 46.886, 31/92 y 32/92. La figura del *factum principis* "entraña un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato administrativo precisamente aseguraba" (ibídem).

Son requisitos para que proceda indemnizar la lesión causada al contratista mediante *factum principis* que el uso de las potestades públicas de imperium resulte imprevisible y extraordinario teniendo en cuenta las circunstancias del contrato (pues, como se dijo en el dictamen número 54.700 del Consejo de Estado, "no puede confundirse el riesgo o alea que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal"), que se haya producido al contratista un daño cierto y especial (dictamen del Consejo de Estado número 54.700, relativo a la concesión de la autopista Villalba-Villacastín-Adanero) y que no existan otros mecanismos que permitan resarcir ese daño en el seno de la relación contractual existente (por ejemplo, mediante la revisión de precios afectados por el acto de imperio). No cabe invocar el *factum principis* cuando la actuación de los poderes públicos está expresamente prevista en el contrato, y sus consecuencias determinadas en él".

Como señala dicho Organismo en su dictamen 326/2014 (en el que se analizan los efectos sobre la economía de una concesión de autopistas de peaje de una obligación legal nacida con posterioridad a la celebración del contrato), la regla de la ejecución del contrato a riesgo y ventura del concesionario "comporta que este se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada", de forma que "la Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario".

Sin embargo, lo anterior “no significa que la regla del riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico- financiero”. Aunque “el contrato de concesión de obra pública está sujeto al criterio general de la obligatoriedad”, ésta “cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*)”, si bien “debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual”. Dicha gravosa onerosidad “puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor”. El principio de riesgo y ventura no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino únicamente “cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

El *factum principis*, como supuesto que hace nacer en el contratista el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de concesión, está actualmente recogido en la Ley 9/2017, de 18 de noviembre, de Contratos del Sector Público, quedando circunscrito a aquellas “actuaciones de la Administración Pública concedente [que], por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato” (arts. 270.1 y 290.1 relativos, respectivamente, al contrato de concesión de obras públicas y al contrato de concesión de servicios). La Ley limita doblemente el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión: que se trate de una actuación de la Administración Pública concedente (no de otra diferente) obligatoria para el contratista, pero realizada al margen del contrato y que la misma determine una ruptura sustancial de la economía contractual.

En el supuesto de que las actuaciones obligatorias para el contratista resulten de disposiciones generales aprobadas por otras administraciones diferente de la concedente o de una “cláusula de progreso” (legal o contractual), la Ley faculta al concesionario de obras públicas o de servicios para “desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él”, como consecuencia de, entre otras circunstancias

“la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato” o “cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato”. Para evitar un ejercicio puramente unilateral de la anterior facultad de desistimiento, se establece cuando puede entenderse que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario: “cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma”, debiendo deducirse para calcular el incremento los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar (art. 270.4 y 290.6).

Tratándose de acuerdos del órgano de contratación que “carezcan de trascendencia económica” el concesionario de obras públicas no tendrá derecho a indemnización o compensación (art. 270.5).

#### 7.4. Principios que limitan el ejercicio de la función de regulación

Como se indicó *supra*, existen en nuestro ordenamiento jurídico determinados límites que condicionan el ejercicio de la función de regulación y cuya superación, llegado el caso, puede obligar a los poderes públicos a indemnizar a los particulares.

Se trata de diversos principios constitucionales, legales o de creación jurisprudencial que pueden llegar a entenderse infringidos por regulaciones que transfieran a los particulares un riesgo regulatorio excesivo o que, simplemente, lo hagan de una manera sorpresiva.

Su examen se realiza, principal aunque no exclusivamente, desde la perspectiva que ofrece la Jurisprudencia que ha declarado conformes con la legislación aplicable, incluida la CE, las sucesivas reformas del marco legal y reglamentario regulador de la retribución de la actividad de generación de electricidad con tecnologías renovables acaecidas en España en el período 2009-2014.

Atendida su relevancia, se analiza de manera separada la Sentencia constitucional 270/2015, de 15 de diciembre, que confirmó la constitucionalidad de las normas de rango legal que modificaron dicho régimen retributivo.

##### *a) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

La Constitución proscribire en su art. 9.3 la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>644</sup>.

Por arbitrariedad podemos entender “todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento

---

<sup>644</sup> Sobre el alcance del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, vid. CHINCHILLA MARÍN, C.M. (2015) “El control judicial de los "actos políticos" a través del principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013)”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. BELADÍEZ ROJO, M, ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (Coords), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, págs. 77-107; DESDENTADO DAROCA, E. (2010), “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, págs. 177-201; FERNÁNDEZ, T.R. (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cívitas; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991), “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, *Revista de Administración Pública*, nº 124, págs. 211-228; GARRIDO FALLA, F. (2001), “Artículo 9º”, en GARRIDO FALLA, F. et al. *Comentarios a la Constitución* 3ª ed., Civitas, págs. 155-184.

suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa o careciendo éstas de cualquier fundamento serio”<sup>645</sup>.

En principio, el concepto “poderes públicos” utilizado por el art. 9.3 de la Constitución comprende en su seno a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Tratándose del poder ejecutivo, el ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeto a la Constitución y a las leyes (arts. 97 y 103 CE, arts. 3 y 61.a) de la Ley 40/2015), correspondiendo su control a los tribunales de justicia (arts. 106 CE y 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la misma “parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho”, siendo lo anterior “incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad - llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional”.

En cuanto al poder judicial, el art. 117 CE señala que la Justicia se administra por jueces responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, dando los daños causados por error judicial o los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la ley (concretamente, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en sus arts. 292 y ss. regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia).

Más dudas plantea, sin embargo, la forma de sujetar el ejercicio de la función legislativa al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La misma está únicamente sujeta a la Constitución, sin que resulte posible otra sujeción externa.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha pretendido, ante todo, preservar la integridad del ejercicio del poder legislativo.

---

<sup>645</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).



Así, en su Sentencia 13/2007 señala el Tribunal que el control de la constitucionalidad de las Leyes debe ejercerse “de forma que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus opciones políticas” y entiende que “si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”<sup>646</sup>.

Sin embargo y no obstante su generalidad e indeterminación, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tiene eficacia jurídica y debe ser observado igualmente por el poder legislativo, en cuanto poder público.

Así, la expresada Sentencia indica que en el examen de las normas legales respecto de las que se invoque su violación debe analizarse “si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”<sup>647</sup>.

En sentido similar, se afirma que “la imputación de arbitrariedad al fruto del legislador democrático exige una cierta prudencia y su control debe producirse de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus opciones políticas, no debiendo confundirse lo que es arbitrio legítimo en la configuración legal de una determinada materia con capricho, inconsecuencia o incoherencia, creadores de distorsión (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 6). Por ello, “no corresponde a este Tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles (STC 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 6), sino únicamente examinar si la decisión adoptada “carece de toda explicación racional” o “establece una discriminación”, pues una y otra situación evidencian una arbitrariedad, sin que sea

---

<sup>646</sup> STC 13/2007, de 18 de enero, F.J. 4º.

<sup>647</sup> *Ibíd.*

pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”<sup>648</sup>.

La desproporción entre los fines perseguidos y los medios empleados puede poner de manifiesto una actuación arbitraria, si bien debe tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el mismo “opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales (...) no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad”<sup>649</sup>.

El principio de proporcionalidad<sup>650</sup> sí que constituye, sin embargo, un canon para enjuiciar la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, establece en su art. 129.1 que “en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia”, debiendo quedar “suficientemente justificada su adecuación a dichos principios” en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento.

Por su parte, el art. 4.1 de la Ley 40/2015 indica que “las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos

---

<sup>648</sup> STC 215/2014, de 18 diciembre, F.J. 4º.

<sup>649</sup> STC 55/1996, de 28 de marzo, F.J. 3º.

<sup>650</sup> Respecto del principio de proporcionalidad, vid. CARLÓN RUÍZ, M. (2010), “El principio de proporcionalidad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, págs. 203-230.

para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos”.

En resumen, basta con que la norma legal cuestionada posea una finalidad legítima y racional y que la misma no sea discriminatoria, quedando ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad.

Aunque pueda no compartirse la concreta solución empleada por el legislador, si los tribunales entraran a discutir cuál pudiera ser la solución justa estarían discutiendo la alternativa por la que aquel haya optado libremente de entre las distintas disponibles, alternativa que, aunque pueda ser discutible, no tiene por qué resultar arbitraria o irracional.

#### *b) Seguridad jurídica y confianza legítima.*

La Constitución garantiza en su art. 9.3 el principio de seguridad jurídica<sup>651</sup>. Dicho principio y el de protección de la confianza legítima, son invocados habitualmente por los particulares que se consideran agraviados como consecuencia de los cambios del marco regulatorio.

La seguridad jurídica es un principio general del derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones<sup>652</sup>.

---

<sup>651</sup> Respecto del principio de seguridad jurídica, vid. BERMEJO VERA, J. (2010), “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, págs. 73-109; CASTILLO BLANCO, F.A. (2003), “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, *Documentación administrativa*, nº 263-264, 2003 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 21-72; DÍAZ GONZÁLEZ, G.M. (2013), “Las oscilaciones del Tribunal Constitucional en su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica: Reflexiones a propósito de la Sentencia 37/2012”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 32.

<sup>652</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).

La seguridad jurídica es certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa”<sup>653</sup> e incluye una “expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho”<sup>654</sup>, de manera que “sólo si el contenido o las omisiones de una norma (teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho) produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica”<sup>655</sup>.

La seguridad jurídica, entendida como “certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable” y “previsibilidad en la aplicación de derecho”<sup>656</sup>, debe garantizarse tanto *ex ante*, durante el proceso de elaboración y aprobación de las normas, como *ex post*, al tiempo de su aplicación.

En relación con el primero de los dos momentos y como se ha indicado, el art. 129 de la Ley 39/2015 exige observar el principio de seguridad jurídica en el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. Y, concretamente y a fin de garantizar dicho principio, expresa el referido precepto que “la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”.

El principio de seguridad jurídica, evidentemente, no puede condicionar la potestad de innovar el ordenamiento jurídico que incumbe a los poderes públicos, pues como señala el Tribunal Constitucional “este principio no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente [por todas, STC 182/1997, F. 11 b)], ni debe entenderse tampoco como un derecho de los

---

<sup>653</sup> STC 46/1990, de 15 de marzo, F.J. 4º.

<sup>654</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero, F.J. 5º

<sup>655</sup> STC 96/2002, de 25 de abril, F.J. 5º.

<sup>656</sup> STS de 16 de marzo de 2015, rec. 118/2013, F.J. 10º.

ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen jurídico -tributario (entre otras, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, F. 2, y 134/1996, de 22 de julio, F. 3)”<sup>657</sup>.

Sin embargo, dicho principio sí protege “la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles (STC 150/1990, de 4 de octubre, F. 8)”<sup>658</sup>.

Y es que el valor de la seguridad jurídica es relativo y, como ha señalado el Tribunal Supremo “no cabe oponer simplemente el valor de la "seguridad jurídica" a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta”. Aunque “las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas (...) la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho”<sup>659</sup>.

Estrechamente relacionado con el anterior principio, el principio de confianza legítima protege la seguridad jurídica de quienes se relacionan con la Administración, considerando ilegítimos los cambios arbitrarios e injustificados de criterio por parte de ésta<sup>660</sup>.

El principio de confianza legítima<sup>661</sup> no puede invocarse frente a cualquier cambio normativo por el hecho de que éste resulte perjudicial a los particulares, viniendo los

---

<sup>657</sup> STC 273/2000, de 15 noviembre, F.J. 6º.

<sup>658</sup> *Ibíd.*

<sup>659</sup> STS de 25 de octubre de 2006, rec. 12/2005, F.J. 3º.

<sup>660</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).

<sup>661</sup> Respecto del principio de protección de la confianza legítima, vid. BAÑO LEÓN, J.M. (2016), “Cave legislatorem” Confianza en el legislador de interés general” en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.) *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Vol. 2, págs. 81-102; CASTILLO BLANCO, F.A. (2002), “El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al Ordenamiento español”, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 205, págs. 29-54; GARCÍA LUENGO, J. (2010), “El principio de protección de la confianza”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, págs. 1167-1205; GARCÍA LUENGO, J. (2002), *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas; JIMÉNEZ PIERNAS, C. y PASCUAL VIVES, F.J. (2015), “La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.) *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Vol. 1, págs. 73-162; MEDINA ALCOZ, L.(2006), “Confianza legítima y responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 130, págs. 275-326; MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, Nº 200, (Ejemplar dedicado a: El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea), págs. 141-172; SANZ RUBIALES, I. (2001), “Confianza legítima y poder legislativo”, *Revista de Derecho*, Vol. 2, págs. 93-123.

mismos obligados, cuando pretendan acometer una inversión, a valorar la posibilidad de que el marco normativo aplicable pueda ser modificado.

Para el Tribunal Supremo, el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales de seguridad jurídica y de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares (art. 3.1 de la Ley 40/2015), impide a la autoridad pública “adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”<sup>662</sup>.

El principio de confianza legítima tiene su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento y en el principio de buena fe, pues “si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado”<sup>663</sup>.

Ahora bien, la protección de la confianza legítima “no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular”, sino solo “la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión”, siendo susceptible de protección únicamente “aquella confianza sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”<sup>664</sup>.

El Tribunal Constitucional, por su parte, señala que “el principio de confianza legítima viene anudado a la realización de conductas, tal como inversiones, que no se habrían llevado a cabo, o se habrían realizado en cuantía o condiciones diferentes en caso de haberse conocido que el panorama normativo conforme al que se adoptaron iba a mudar; o bien al hecho de que el retorno económico de una inversión (entre otras posibles conductas) se reduzca a resultas de un cambio regulatorio imprevisible. Por esta razón

---

<sup>662</sup> STS de 1 de junio de 2016, rec. 787/2014, F.J. 5º.

<sup>663</sup> *Ibid.*

<sup>664</sup> STS de 1 de junio de 2016, rec. 652/2014, F.J. 5º.

(...) el principio de confianza legítima se ha conectado habitualmente con la aplicación retroactiva de un nuevo régimen jurídico, pues “el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma como los ciudadanos programan sus conductas” (STC 237/2012, FJ 6) y los operadores “ajustan su conducta económica a la legislación vigente” (STC 234/2001, FJ 9)”<sup>665</sup>.

Tratándose de la modificación de las medidas de fomento de la actividad de generación de energía eléctrica bajo el denominado “régimen especial”, el Tribunal Supremo, antes de la aprobación de los Reales Decretos 661/2007 o 1578/2008, ya afirmaba que “las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los "riesgos regulatorios" a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera -en el sentido antes dicho- pero no excluye”<sup>666</sup>.

Además, la protección de la confianza legítima de que no vayan a producirse cambios del marco normativo vigente al tiempo de realizar la inversión debe analizarse a la luz del conjunto de las medidas que integran dicho marco y no a la de una sola de ellas.

Así lo señala el Tribunal Supremo, al indicar que el análisis de la posible infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima debe hacerse “no con la vista puesta en los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con todo el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables”, toda vez que “el análisis "reducido" no permitiría, entre otras cosas, tomar en la debida consideración las eventuales "compensaciones" que, en el seno de aquel conjunto de reglas favorables, pudieran haberse introducido mediante la ampliación de

---

<sup>665</sup> STC 181/2016, de 20 de octubre, F.J. 5º.

<sup>666</sup> STS de 25 de octubre de 2006, rec. 12/2005, F.J. 3º.

determinados componentes favorables a cambio de la reducción o limitación (en este caso, meramente temporal) de otros”<sup>667</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende necesario tomar en consideración el hecho de que quien desarrolle una determinada actividad se haya acogido a un esquema regulado que le permita eludir el riesgo de mercado en el ejercicio de la misma a cambio de asumir el riesgo de que la regulación pueda adaptarse a las circunstancias cambiantes.

Así y en relación con la actividad de generación de electricidad en régimen especial, el Alto Tribunal ha señalado que los titulares de las instalaciones de producción correspondientes “no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas”<sup>668</sup>.

Se entiende que “la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar)”<sup>669</sup>.

Y es que, al fin y al cabo, “los agentes u operadores privados que "renuncian" al mercado, aunque lo hagan más o menos "inducidos" por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias. Si éstas implican ajustes en otros muchos

---

<sup>667</sup> STS de 12 de julio de 2012, rec. 52/2011, F.J. 3º.

<sup>668</sup> *Ibid.*

<sup>669</sup> *Ibid.*



sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico”<sup>670</sup>.

Por último y de cara a valorar la posible aplicación del principio de protección de la confianza legítima frente a cambios normativos sobrevenidos, no puede obviarse la existencia de determinados presupuestos, tanto explícitos como implícitos, del régimen económico de cualquier actividad que quienes pretendan desarrollarla deben conocer.

Así y en relación con el régimen especial de generación eléctrica el Tribunal Supremo ha entendido que las empresas que desarrollaban dicha actividad debían conocer los objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes de energía renovables contemplada en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 (371 MW para la tecnología fotovoltaica) y el hecho de que el tope se sobrepasó muy ampliamente (3.300 MW a finales de 2008).

Afirma el Alto Tribunal, al respecto, que siendo lo anterior así “el sector en su conjunto no podía desconocer que la retribución establecida en el Real Decreto 661/2007 no podía ser sin más aplicable a todas y cada una de las instalaciones fotovoltaicas que, en su conjunto, habían incurrido en aquel "exceso”” y que “quedaba así justificada una restricción ulterior” teniendo en cuenta que la retribución establecida en dicho Real Decreto lo había sido en consideración a una determinada potencia instalada prevista. Se entiende, además, que “no es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno”, dado que “puede entenderse que implícitamente marcaba como tope o término la fecha final de vida útil de las instalaciones fotovoltaicas, considerada en promedio, término que (...) no excedía de treinta años” y que “no puede olvidarse que en el informe emitido por el órgano especializado en la regulación energética (la Comisión Nacional de Energía) sobre la versión no modificada del Real Decreto 1565/2010 se reputaba que era

---

<sup>670</sup> *Ibíd.*

procedente "la supresión de las tarifas de las instalaciones a partir del año 25 de su vida útil, lo que a juicio de la CNE parece coherente con la vida económica (amortización) y la retribución que ha recibido hasta entonces". Se tratan los anteriores de "presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente -o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad- no podía desconocer"<sup>671</sup>.

Posteriores sentencias del Tribunal Supremo<sup>672</sup> han insistido en la necesidad de apreciar globalmente las circunstancias del caso concreto y de tener en consideración la previsibilidad de las medidas normativas novedosas para poder enjuiciar la posible infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

*c) Irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.*

La retroactividad consiste en aplicar la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y al amparo de la norma derogada.

Contrariamente, la irretroactividad es un principio establecido en la Constitución y en otras normas del ordenamiento jurídico que prohíbe la aplicación de los efectos de las normas a situaciones o hechos surgidos o acontecidos antes de su entrada en vigor, especialmente si son restrictivas de derechos individuales, no favorables o de carácter sancionador<sup>673674</sup>.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de irretroactividad de las normas, contempla la posibilidad de que puedan aplicarse retroactivamente (el art. 2.1 CC considera que las leyes no tienen efecto retroactivo "si no dispusieren lo contrario"),

---

<sup>671</sup> *Ibíd.*

<sup>672</sup> SSTs 1 de abril de 2015, rec. 78/2013, o 16 de marzo de 2015, rec. 118/2013.

<sup>673</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, <https://dpej.rae.es/> (a 1/6/2021).

<sup>674</sup> Sobre el principio de irretroactividad, vid. LÓPEZ MENUDO, F. (2010), "El principio de irretroactividad", en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, págs. 141-176; LÓPEZ MENUDO, F. (2003), "El principio de irretroactividad: tres cuestiones claves", *Documentación administrativa*, nº 263-264 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 73-104; LÓPEZ MENUDO, F. (1991), "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* Vol. 1 (El ordenamiento jurídico), págs. 455-508.

con la salvedad de las normas “sancionadoras no favorables” o “restrictivas de derechos individuales”, respecto de las que el art. 9.3 CE garantiza su irretroactividad. Fuera de los dos ámbitos expresados, puede el legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno<sup>675</sup>, pues la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o de petrificación del ordenamiento jurídico. Ello, obviamente, sin perjuicio de la garantía expropiatoria, del principio de responsabilidad patrimonial y de la debida observancia de otros principios consagrados en el art. 9.3 Constitución y que son objeto de análisis en el presente trabajo.

Para determinar el alcance de la irretroactividad prohibida, el Tribunal Constitucional indica que “la “restricción de derechos individuales” ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona”<sup>676</sup>.

El propio Tribunal (sentencias ya citadas) señala que “aunque la noción de “derechos individuales” a la que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución (cuya categoría no es equiparable a los “derechos adquiridos” como límite frente al legislador según la sentencia constitucional 27/1981 y sucesivas) tenga algunos contornos imprecisos, es unánime el rechazo a parificar aquéllos con las meras expectativas de situaciones en curso de consolidación”.

En función del grado de la retroactividad de la norma, se diferencia entre la “retroactividad propia”, cuando la norma extiende sus consecuencias jurídicas a supuestos nacidos, consolidados y agotados plenamente en el pasado, y la “retroactividad impropia”, cuando los efectos de la norma se proyectan hacia el futuro sobre supuestos nacidos en el pasado.

---

<sup>675</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, F.J. 3º, alude a tres tipos de retroactividad. La retroactividad de “grado máximo” que supone la aplicación de la nueva norma a la relación jurídica o situación creada bajo la vigencia de la norma anterior, incidiendo en todos sus efectos, consumados o no; la de “grado medio”, que “incide sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados o consumados de las situaciones anteriores que perviven tras el cambio legislativo”. Y, por último, la de “grado mínimo” en la que la nueva norma únicamente produce efectos *ad futurum* incluso respecto de relaciones o situaciones jurídicas surgidas con arreglo a la norma previamente vigente. Sobre los distintos tipos de retroactividad, vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008), *Derecho Civil de España*, Civitas.

<sup>676</sup> SSTC 100/2012, de 8 de mayo, F.J. 10º, o 49/2015, de 5 de marzo, F.J. 4º.

En relación con el alcance del principio de irretroactividad, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F 3, y 97/1990, de 24 de mayo, F 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, F 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, F 9), de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» (por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, F 6 b)

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, F 11, y 182/1997, de 28 de octubre, F 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto –retroactividad auténtica– la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo –retroactividad impropia– la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”<sup>677</sup>.

---

<sup>677</sup> STC 112/2006, de 5 de abril, F.J. 17º.

El Tribunal Constitucional entiende que el “interés general” y el “bien común” operan como límites del principio de irretroactividad, habiendo señalado que “en los supuestos de retroactividad “auténtica” la doctrina de este Tribunal ha venido afirmando que “sólo cualificadas excepciones” podrían oponerse al principio de seguridad jurídica (STC 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4), por lo que la licitud o ilicitud de la disposición y, por tanto, el sacrificio de ese principio, dependerá de la concurrencia o no de exigencias cualificadas “del bien común” [STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11) o de “interés general” (STC 182/1997, de 20 de octubre, FJ 11 d)], razón por la cual, pueden reputarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando “existieran claras exigencias de interés general” [STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5 C)]”<sup>678</sup>.

En cuanto a las posibles modificaciones del marco regulatorio a la luz del principio de prohibición de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, se ha considerado que la eliminación de un determinado régimen de incentivos no constituye un supuesto de retroactividad prohibida.

Así, el Tribunal Supremo indica que “sentado el principio de que no resulta admisible pretender que un determinado sistema de ayudas se mantenga inalterado en el tiempo, a despecho de la evolución de las circunstancias y de la política energética determinada por el Gobierno (...) el reconocimiento de una determinada ventaja no implica el derecho a que dicha ventaja se mantenga perdurable en el tiempo (...) No hay pues una aplicación ilegítima de la retroactividad por suprimir un incentivo a cuya existencia ni mantenimiento existía derecho alguno. La recurrente sólo tiene derecho a percibir los beneficios que le correspondiesen mientras dicho incentivo le fuera aplicable, pero no a que el mismo se mantuviera en el tiempo”<sup>679</sup>.

En el mismo sentido, se ha indicado que “admitiendo en hipótesis -y a los meros efectos de la presente controversia- que los titulares de instalaciones de producción de energía renovable tuvieran un "derecho individual", en los términos del referido artículo 9.3 de la Constitución, a percibir la retribución regulada, la cuantificación precisa de ésta

---

<sup>678</sup> STC 176/2011, F.J. 5º.

<sup>679</sup> STS de 9 de diciembre de 2009, rec. 152/2007, que analiza la no inclusión de las instalaciones de cogeneración de más de 100 MW en el ámbito del Real Decreto 616/2007, a diferencia de lo que preveía el Real Decreto 436/2004. Dicha sentencia ha sido reiterada por otras posteriores (p.ej. STS de 30 de octubre de 2012, rec. 96/2011, ésta ya sobre las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1565/2010),

no se produce, para cada período (que puede ser trimestral, semestral o anual), sino cuando el titular de la potestad reglamentaria aprueba la Orden correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 661/2007”. Pues bien, “hasta ese momento gozan de la expectativa de que su retribución se vea actualizada conforme a un determinado índice de revalorización (que puede ser el IPC o el IPC subyacente), pero no han incorporado aún el "derecho" a la cantidad actualizada”<sup>680</sup>.

*d) La garantía de una rentabilidad razonable.*

La modificación sobrevenida del marco normativo concretamente aplicable al desarrollo de actividades económicas, aunque pueda resultar constitucional desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la interdicción de la arbitrariedad o de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, puede perjudicar a quienes venían desarrollándolas al amparo del marco previamente vigente en el sentido de reducir sensiblemente su rentabilidad. La anterior posibilidad ha llevado a diversas leyes a establecer la “rentabilidad razonable” como parámetro de validez de las tarifas y precios y a los tribunales a señalar que los cambios normativos son conformes con el ordenamiento jurídico siempre que respeten dicha rentabilidad<sup>681</sup>.

El fundamento último de dicha garantía no es otro que la garantía expropiatoria contenida en el art. 33 CE, toda vez que, de no tener los poderes públicos una limitación material, los mismos podrían privar a los particulares de sus derechos e intereses legítimos mediante simples cambios normativos sin necesidad de acompañar los mismos de la correspondiente indemnización, es decir, a través de expropiaciones indirectas o medidas de efecto equivalente a la expropiación.

En el anterior sentido, resulta posible entender que la rentabilidad razonable forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de las inversiones respecto de las que se garantice.

---

<sup>680</sup> STS de 16 de marzo de 2015, rec. 116/2013, reiterada por otras muchas posteriores,

<sup>681</sup> Sobre el concepto de rentabilidad razonable vid. por ejemplo, GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2014), “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 43-44, págs. 9-70.

Han sido muchas las normas que han acudido al concepto de “rentabilidad razonable” como principio orientador de los sistemas de fijación de tarifas, primas, peajes y cánones a percibir por los particulares.

El art. 14.7.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por ejemplo, indica que “el régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado”.

Y la utilización de dicho concepto no exclusiva del sector eléctrico, existiendo menciones idénticas o análogas del mismo en otros sectores regulados como, por ejemplo, el de los hidrocarburos (art. 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en cuanto a la fijación de los peajes y cánones de las actividades objeto de la Ley) o el del transporte (art. 19.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en cuanto al umbral en el que deben situarse las tarifas del transporte público y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte).

El Tribunal Supremo ha señalado que el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar “a la totalidad de la vida de la instalación, pero no (...) en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad”<sup>682</sup>.

Las sentencias que analizaron la legalidad del Real Decreto 1565/2010 han reconocido al titular de la potestad reglamentaria -dentro del respeto al límite de la “rentabilidad razonable” fijado por la Ley 54/1997- la posibilidad de introducir determinadas modificaciones en el régimen retributivo contemplado en el Real Decreto 661/2007.

---

<sup>682</sup> STS de 12 de abril de 2012, rec. 59/2011, F.J. 5º.

Así, se ha indicado que “el Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales””<sup>683</sup>.

En relación con la minoración de la retribución a la que tienen derecho los titulares de instalaciones de generación de electricidad mediante instalaciones fotovoltaicas tras el Real Decreto-ley 9/2013, el Tribunal Supremo, tras señalar que “está fuera de discusión que la serie de disposiciones que describe la recurrente han supuesto una considerable disminución en la retribución de las instalaciones fotovoltaicas y, por ende, en su rentabilidad” y afirmar que “esta no es sólo consecuencia de la previsión regulatoria, sino que también depende de circunstancias específicas de las sociedades titulares, como lo es muy destacadamente su eventual endeudamiento para acometer las inversiones correspondientes”, rechaza la alegación relativa a la infracción del principio de rentabilidad razonable<sup>684</sup>.

En todo caso, es importante que la norma establezca unos criterios legales explícitos y objetivos, que permitan una determinación material suficiente de qué puede entenderse por “rentabilidad razonable” para satisfacer el requisito de certidumbre de la norma y excluir una excesiva indeterminación o apertura, haciendo factible para sus destinatarios conocer en cada caso la interpretación que el legislador hace de tales principios y el significado y las consecuencias que los mismos han de tener en la fase aplicativa, pudiendo la ausencia de dichos criterios vulnerar el principio de interdicción de arbitrariedad contemplado en el art. 9.3 CE.

*e) Mitigación del riesgo regulatorio mediante la previsión de regímenes transitorios o sistemas de compensación*

Ni el principio de seguridad jurídica ni el de irretroactividad impiden la innovación del ordenamiento jurídico ni la aplicación a futuro de las nuevas normas a situaciones

---

<sup>683</sup> STS de 12 de abril de 2012, rec. 40/2011, F.J. 5º.

<sup>684</sup> STS de 1 de abril de 2015, rec. 78/2013, F.J. 6º.



jurídicas nacidas al amparo de la normativa anterior. Únicamente exigen que la innovación normativa -sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada- se realice acompañándola de ciertas garantías y cautelas como períodos transitorios de adaptación y, en su caso, medidas compensatorias que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de las posibles expectativas que hayan podido generarse con arreglo a la normativa anterior. El regulador dispone de un amplio margen discrecional para prever o no ese tipo de períodos o medidas.

El Tribunal Supremo entiende que el principio de seguridad jurídica (y su corolario, el principio de protección de la confianza legítima) “no exige que no se produzcan modificaciones legislativas”, sino más bien “que el legislador tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas”<sup>685</sup>.

No es inhabitual, por lo tanto, la previsión de períodos transitorios o de sistemas de compensación que permitan una transición ordenada de un marco regulatorio a otro y que mitiguen, en la medida de lo posible, los eventuales perjuicios que puedan resultar de la aplicación del nuevo marco.

Un caso paradigmático fue el de la reforma del sector eléctrico producida en 1997. La incidencia de la misma sobre la actividad de generación de energía eléctrica realizada al amparo del régimen anteriormente vigente llevó al legislador<sup>686</sup> a reconocer el derecho al cobro de los denominados “costes de transición a la competencia” o CTCs<sup>687</sup>.

---

<sup>685</sup> STS de 20 de abril de 2015, rec. 262/2014 (con cita de la Sentencia TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-201/08, *Plantanol GmbH & Co. KG*), F.J. 8º.

<sup>686</sup> Contemplados en la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, consisten en el reconocimiento a determinadas sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica de los costes de transición al régimen de mercado competitivo y el derecho a percibir una compensación por tales costes por un máximo de 10.438 M Eur, de los cuales un máximo de 8.664 M Eur podía serlo en concepto de costes de transición a la competencia tecnológicos y 1.774 M Eur en concepto de incentivos al consumo de carbón autóctono, a distribuir libremente por el Gobierno con arreglo a un calendario que podía alargarse como máximo hasta el 31 de diciembre de 2010. Como señala la propia Sentencia de 11 de junio de 2001, “la existencia de los CTC se presenta como un resultado del cambio regulatorio y, en concreto, como consecuencia del cambio desde el régimen tarifario aplicable anteriormente (Reales Decretos números 40/1994 y 1538/1987, que garantizaba la cobertura de los costes de la generación de electricidad en España mediante la tarifa eléctrica calculada a partir de cada central eléctrica con arreglo a su coste estándar) hacia el nuevo régimen de precios liberalizado. El pago de los CTC no vendría a ser sino la compensación por la teórica pérdida de ingresos de las compañías que producían electricidad en 1997, pérdida que se derivaría de la diferencia entre la anterior tarifa eléctrica y el futuro precio esperado del mercado liberalizado de la electricidad”.

<sup>687</sup> Sobre los costes de transición a la competencia vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2003), *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones: un estudio crítico*, INAP- Marcial

Como señala el Tribunal Supremo, el legislador, “dentro del amplio margen de configuración normativa que posee, puede atender a unas u otras consideraciones (...) para optar por la fórmula jurídica que considere más adecuada” de forma que “en la decisión final de reconocer o no reconocer la compensación por los CTC el Legislador - sobre la base de la falta de obligación en términos estrictamente jurídicos- podía atender a muy diversos factores relevantes, cuya apreciación conjunta y final le correspondía sólo a él”, siempre respetando la garantía expropiatoria y la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, cuya superación le obligaría a indemnizar<sup>688</sup>.

Y afirma que el reconocimiento de los CTCs no constituyó una obligación del legislador, sino que los mismos fueron resultado de una opción del mismo:

“Ante un problema de características ciertamente complejas en el que la incidencia de unos factores y de otros está sujeta a estimaciones de futuro no siempre seguras, el Legislador español disponía de una libertad de configuración normativa apreciable de resultados de la cual, aun no estando obligado en términos estrictamente jurídicos a reconocer la compensación por los CTC, podía legítimamente acordarla como fruto o reflejo de una opción legislativa determinada.

Aquella decisión legislativa, basada en sus propias estimaciones prudenciales sobre la situación del sector eléctrico en 1997 y sus perspectivas durante la década siguiente, podrá ser discutida desde consideraciones de oportunidad o conveniencia pero no puede ser rebatida jurídicamente sino en cuanto suponga la vulneración de un precepto constitucional o la infracción de normas de derecho comunitario”<sup>689</sup>.

La sentencia diferencia entre el “daño derivado de la privación singular de un derecho o de la causación de una lesión jurídica y necesariamente indemnizable”, por un

---

Pons; PEDRAZ CALVO, M. (2001) “La sentencia de 11 de junio de 2001: doctrina del Tribunal Supremo en relación con los costes de Transición a la Competencia del sector eléctrico”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 216, págs. 82-89; QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2009), “Los Costes de Transición a la Competencia: un modelo de transición al mercado”, en BECKER ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L.M., MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. y, SALA ARQUER J.M. (Coords.), *Tratado de regulación del sector eléctrico* Vol. 1, 2009 (Aspectos jurídicos), págs. 111-143; VELASCO CABALLERO, F. y ARIÑO ORTIZ, G. (1997) “Los costes de transición a la competencia: perspectiva jurídica”, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, págs. 149-192.

<sup>688</sup> STS de 11 de junio de 2001, rec. 117/2000, F.J. 9º. Dicha sentencia analiza el reconocimiento de la compensación en concepto de CTCs a favor de algunas empresas generadoras de electricidad que habían realizado determinadas inversiones con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 54/1997.

<sup>689</sup> *Ibid.* F.J. 10º.

lado, “y lo que constituye mero perjuicio que pudiera merecer “algún género de compensación” no estrictamente exigible con arreglo a derecho”, por otro, “en ambos casos derivados de la aprobación de nuevas Leyes” con arreglo a la Jurisprudencia de la Sala y a la doctrina constitucional (sentencias constitucionales 108/1986, 99/1987 y 70/1998), y “no duda en reconocer la legitimidad constitucional de este género de compensaciones”<sup>690</sup>.

La previsión de regímenes transitorios o de sistemas de compensación, se reitera, facilita el tránsito ordenado de un marco regulado a otro, aunque, en principio, su establecimiento no es jurídicamente obligatorio.

No obstante, los segundos solo son imprescindibles si la norma tiene un contenido expropiatorio, pues así lo exige el art. 33.3 CE.

---

<sup>690</sup> *Ibíd.*

### **7.5. La modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables a la luz de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad tras la STC 270/2015.**

El Tribunal Constitucional, como se ha expresado con anterioridad, ha interpretado el alcance de principios como los de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima o irretroactividad que constriñen la facultad de modificar el ordenamiento jurídico que los poderes públicos ostentan.

Uno de los cambios normativos producidos en nuestro país que ha generado una mayor controversia ha sido el del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnologías renovables, cambio al que se ha aludido en capítulos previos<sup>691</sup>.

Aquellos cambios implicaron en un primer momento, esencialmente, la modificación de diversas disposiciones de rango reglamentario aprobadas por la Administración General del Estado y reguladoras del denominado “régimen especial” de generación de electricidad y el establecimiento por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, todo ello con la finalidad de evitar la producción de déficit tarifario mediante la reducción de los costes del sistema eléctrico y el incremento de sus ingresos.

Atendidos los discretos resultados prácticos de dichos cambios, el Gobierno reemplazó el sistema retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnologías renovables inicialmente diseñado al amparo de la Ley 54/1997 (el denominado “régimen especial”) por otro diferente, estableciendo las bases de este último en 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 (que, además, deroga expresamente el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, así como el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía

---

<sup>691</sup> Son muchas las obras publicadas sobre dicha controversia. Destacan la obra colectiva coordinada por CASTRO-GIL AMIGO, J. (2015, 2016), *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi Thomson Reuters (2 Vols.) y la obra colectiva dirigida por REVUELTA PÉREZ, I. (2017) *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*, Aranzadi.

eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica), y ultimando su definición la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y diversas normas reglamentarias de desarrollo, particularmente el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Mientras que la conformidad a Derecho de las medidas adoptadas por el Gobierno fue enjuiciada en primera y única instancia por el Tribunal Supremo (que analizó tanto su constitucionalidad como su legalidad y desestimó la práctica totalidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos), el análisis de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2013 y por la Ley 24/2013 correspondió al Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 270/2015, de 17 diciembre (seguida de otras muchas en el mismo sentido, como las SSTC 19/2016, de 4 febrero, o 181/2016, de 20 octubre) confirmó su constitucionalidad, al considerar que dichas normas ni incurrieran en retroactividad contraria a Derecho ni vulneraban los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

La Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Región de Murcia frente a determinados preceptos del Real Decreto-ley 9/2013 y analiza, entre otras cuestiones, si dicha norma, al establecer un nuevo sistema de retribución de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnologías renovables, vulnera o no la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (al preverse la aplicación inmediata del régimen retributivo de la actividad de producción de energía eléctrica con tecnologías renovables, aun estando pendiente la aprobación del correspondiente desarrollo reglamentario para su cuantificación y aplicación concreta) y, sobre todo, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

El Tribunal parte de una consideración de carácter general acerca de la interacción que existe entre los principios cuya violación se invoca: “los principios constitucionales invocados por los recurrentes (irretroactividad, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad) como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución —legalidad,

jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de derecho (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6)”<sup>692</sup>.

Y, a continuación, analiza de manera separada, la supuesta violación por el Real Decreto-ley 9/2013 de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por una parte, y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, por otra.

Para el Tribunal, el principio de seguridad jurídica, “entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho”, no resulta afectado por el Real Decreto-ley 9/2013 toda vez que “no estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados”.

Entiende el mismo que “el respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013” y ello “más aún -como sucede en el presente caso-, en un ámbito sujeto a una intensa intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica”.

La Sentencia entiende que no cabe cuestionar los cambios legislativos desde la óptica del principio de confianza legítima, que “no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico”.

---

<sup>692</sup> STC 270/2015, de 17 de diciembre, F.J. 7º.

Ambos principios (seguridad jurídica y confianza legítima), “no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general”.

Por otra parte, para el Tribunal “no cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacía necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema”.

Tampoco puede entenderse que dicha modificación resulte “imprevisible para un “operador económico prudente y diligente”, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores”.

Se considera que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima no pueden constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir “medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior”, menos aún en una “situación de crisis económica generalizada”, que hace particularmente “inviabile la pretensión de que los elementos más favorables” del régimen económico de una actividad como la de generación de electricidad “estén investidos de una pretensión de permanencia e inalterabilidad en el tiempo”, dado que la protección de los intereses generales es la “premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar su regulación al cambio de las circunstancias”.

Los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, a juicio del Tribunal, “no “permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6)”.

Todo lo anterior permite al Tribunal concluir afirmando que “la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución”<sup>693</sup>.

En cuanto a la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, el Tribunal reconoce que el nuevo sistema retributivo contemplado en el Real Decreto-ley 9/2013, aunque aplicable desde el momento mismo de su entrada en vigor, “requiere el necesario desarrollo reglamentario para la aplicación efectiva de dicho régimen retributivo a cada una de las instalaciones de producción de energía eléctrica”, si bien “para resolver la situación de vacío reglamentario provocado por la derogación de los anteriores reglamentos, la disposición transitoria tercera del mismo, dispone que temporalmente serán de aplicación los derogados Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, con carácter transitorio, hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la plena aplicación del nuevo régimen retributivo”, momento en el que se regularizarán los pagos procedente de liquidaciones a cuenta del nuevo sistema y emitidas al amparo del régimen transitorio. Es decir, aunque el Real Decreto-ley 9/2013 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado “sus efectos, en lo relativo a las liquidaciones derivadas del nuevo régimen retributivo, se aplican a partir de la publicación del Real Decreto 413/2014, produciéndose una disociación temporal entre la vigencia inmediata de la norma y el ámbito temporal de eficacia, que tiene un efecto retroactivo”.

Para el Tribunal “el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4)”.

Y en el mismo sentido añade que “como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La

---

<sup>693</sup> *Ibíd.*



irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio”.

Fuera del anterior ámbito, “en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso”.

Para el Tribunal, “el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9)”.

Aplicando la anterior doctrina al caso analizado en la Sentencia se entiende que “el Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor” de forma que “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”.

Lo anterior hace que dicha norma “no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE, pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos”<sup>694</sup>.

En síntesis, el Tribunal entiende que “no estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación “agotada”, consolidada, perfeccionada o patrimonializada –en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia– que haya sido revertida *in peius* con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE”<sup>695</sup>.

La Sentencia constitucional 270/2015 cuenta con un voto particular (formulado por el magistrado XIOL RÍOS y al que se suman los magistrados ASÚA BATARRITA y VALDÉS DAL-RÉ) que, sin disentir respecto del fallo (se entiende que la normativa recurrida venía provocada por la “necesidad de satisfacer un interés público superior” y “ha mantenido, en esencia, las expectativas legítimas generadas por la normativa legal reformada tanto en el sentido de dar continuidad a un sistema de incentivos como en el de subordinarlo a la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales”, sin que el “mantenimiento de una situación que implique unos niveles de rentabilidad sumamente elevados al margen del mercado y que puedan resultar contrarios a intereses públicos superiores”, siempre que quede “garantizada esa rentabilidad razonable”, pueda calificarse como expectativa legítima protegible por el principio de confianza legítima), toma en consideración la existencia de numerosas reclamaciones formuladas por inversores extranjeros ante tribunales arbitrales por la posible violación del TCE como consecuencia de la reforma legislativa realizada y critica

---

<sup>694</sup> *Ibid.*

<sup>695</sup> *Ibid.*

tanto la cerrazón del Tribunal para proceder a acometer el control (concentrado) de la convencionalidad de los tratados internacionales (particularmente, del TCE) como la fundamentación empleada en relación con la denunciada infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Los magistrados disidentes, al referirse a dichas reclamaciones, aluden al “parcialmente diferente significado que puede asumir el principio de confianza legítima dentro del Derecho internacional económico y de las inversiones, aplicable por las diferentes cortes internacionales de arbitraje, respecto del que asume su consagración como principio en la CE, que es el aplicable en el marco del presente recurso de inconstitucionalidad” y demandan un “estudio más amplio y reflexivo sobre la cuestión”.

En el voto particular se critica la somera doctrina constitucional sobre los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima contenida en la sentencia, que se entiende “históricamente suficiente para la resolución de los asuntos en que era invocado el principio de confianza legítima ante la jurisdicción constitucional”, pero “muy poco elaborada si se contrasta con la efectuada por la doctrina y, especialmente, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que, por la especialidad de la materia en que tiene una especial aplicación este principio —el Derecho administrativo económico—, han tenido que afrontar de manera más constante su invocación y análisis, como son la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, y se alude a la necesidad del “tan citado, como quizá menos practicado, diálogo de Tribunales” más aún si se tiene en cuenta que el TJUE “desde la entrada en vigor de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ha tenido que incorporar a su acervo jurisprudencial muchas de las elaboraciones realizadas por los órganos de control de los derechos fundamentales, singularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales europeos con jurisdicción en esa materia, que le llevaban una amplia ventaja”.

Los magistrados disidentes echan en falta el desarrollo en la sentencia de una “incipiente jurisprudencia constitucional sobre el principio de confianza legítima proyectada al entorno de las inversiones económicas en el marco de los ámbitos económicos de una alta densidad normativa en que la satisfacción de las legítimas expectativas de los operadores económicos quedan vinculadas a los riesgos regulatorios y no del mercado”, y, consiguientemente, propone una reformulación del mismo que parta

del “enunciado general de que este principio protege las legítimas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles” y fije como “parámetro del control del principio de confianza legítima un análisis y ponderación de los siguientes elementos: (a) las legítimas expectativas de los interesados deben haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas; (b) los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos especialmente en ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior; (c) los cambios normativos en que se fundamente la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes incluyendo la evolución de la situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas; y (d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o requilibren las legítimas expectativas frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivas que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación”.

La Sentencia 270/2015 ha sido objeto de severas críticas por la doctrina.

Así, por ejemplo, ALENZA GARCÍA se ha referido a dicha sentencia como una “victoria pírrica” que ha convertido los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o irretroactividad en “dogmas o mitos, solemnemente consagrados y áureamente mitificados, pero desprovistos de funciones tangibles y alejados de una realidad que demanda una cierta tutela o limitación de la incontinencia legislativa”. Según manifiesta, dichos principios “carecen de cualquier eficacia limitadora de la labor legislativa”<sup>696</sup>.

---

<sup>696</sup> ALENZA GARCÍA, J.F. (2016), “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [a propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº. 55, pág. 15.

Así y respecto del principio de seguridad jurídica, afirma dicho autor que “aunque el TC siga proclamando en esta sentencia que la seguridad jurídica implica “certeza sobre el ordenamiento jurídico, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación del derecho”, cualquier observador objetivo de la realidad podrá constatar que en este caso los veloces cambios normativos se han llevado a cabo de manera incoherente, de manera confusa y generando una enorme incertidumbre en el sector”, como buenamente prueba el hecho de que “España se ha convertido en el país del mundo más demandado ante tribunales arbitrales internacionales en virtud del Tratado de la Energía por parte de inversores extranjeros”.

Y en lo que al principio de confianza legítima se refiere, entiende el mismo que “ha quedado agrietado tras la prueba de estrés a que ha sido sometido en este caso”, toda vez que “ha resultado que tampoco es un principio eficaz para limitar el ejercicio del poder legislativo” dado que “lo que resulta de esta jurisprudencia es la exigencia a los beneficiarios de las medidas de fomento de un permanente estado de alerta y vigilancia (o de desconfianza) ante el legislador. En el caso de las energías renovables se ha considerado que un inversor diligente debía haber sabido que las ayudas establecidas en el año 2004 podían, si las circunstancias económicas o meteorológicas cambiaban, sufrir una progresiva serie de recortes en las mismas, hasta desembocar finalmente en una modificación global del sistema retributivo. Y todo ello en un período de tiempo de 6 años, cuando las previsiones iniciales eran de 30 años”.

Concluye afirmando que “la fugaz transición legislativa que en tan breve plazo ha pasado de la apoteosis del fomento de las energías renovables a su defenestración, con las bendiciones de nuestros más elevados tribunales, marca un hito en la interpretación de los conceptos de seguridad jurídica y confianza legítima”<sup>697</sup>.

Por su parte, REVUELTA PÉREZ entiende imprescindible “aclarar el alcance del principio de protección de confianza legítima frente a normas incitativas de inversiones privadas”, al entender que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015 no cumple los estándares del Derecho de la UE. Para dicha autora se ha aplicado el principio de confianza legítima obviando la jurisprudencia del TJUE que ha establecido sus contornos, al no realizarse un análisis global y concreto de la cuestión

---

<sup>697</sup> *Op. cit.* págs. 16-18.

(dificultado este último por el carácter abstracto del enjuiciamiento propio del recurso de inconstitucionalidad), no comprobarse que concurre el presupuesto de dicho principio (“si la regulación a la que se acogieron los inversores contenía una garantía de permanencia del régimen retributivo o, por el contrario, les advertía de posibles modificaciones o revisiones”) y aplicarse erróneamente los conceptos de “cambio imprevisible” y de “operador prudente y diligente” (la jurisprudencia del Tribunal de Justicia presume la prudencia, debiendo probarse que un inversor medio del sector podía prever el cambio razonablemente, mientras que el Tribunal Constitucional “ha considerado la derogación previsible basándose en meras opiniones sobre la regulación” e “introduciendo hechos surgidos a posteriori”), criticando la negativa de la jurisdicción ordinaria al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE con fundamento en la sentencia 270/2015<sup>698</sup>.

A juicio de BAÑO LEÓN, la cuestión es “si una ley no retroactiva, pero que incumbe a efectos futuros de situaciones consolidadas en las que el ciudadano o la empresa pueden confiar, pugna con la seguridad jurídica si la nueva norma no prevé medidas transitorias o de compensación que mitiguen el daño que infligen”.

Para dicho autor no se trata de un problema de retroactividad como de “límites de la potestad normativa”, resultando necesario distinguir dentro del principio de confianza legítima, además de las dos manifestaciones tradicionales (protección del *statu quo* anterior o título indemnizatorio frente a cambios normativos con incidencia sobre intereses patrimoniales) una tercera como “límite de la discrecionalidad en el cambio normativo”, de forma que en caso de ejercicio excesivo de la potestad normativa “la anulación no supone necesariamente la vuelta al *statu quo* anterior, sino la llamada al autor de la norma para que dicte una nueva que tenga en cuenta medidas de compensación o transitorias”<sup>699</sup>.

Tras aludir al “miedo de nuestros tribunales a embridar la acción del legislativo, especialmente cuando se trata de regulaciones con una enorme influencia en los presupuestos generales del Estado” o a su “temor reverencial” a anular normas por ir en contra del principio de protección de la confianza, sugiere dicho autor la posibilidad de

---

<sup>698</sup> REVUELTA PÉREZ, I. (2019) “Estándar del inversor prudente y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 403-430.

<sup>699</sup> BAÑO LEÓN, J.M. (2016), “Cave Legislatorem. Confianza en el legislador e interés general”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Vol. 2, 2016, págs. 87 y 88.

una declaración de inconstitucionalidad no absoluta, sino relativa, de manera que “el legislador tiene abierto el camino para encontrar una fórmula que compense la confianza defraudada”, sin resultar necesaria una compensación íntegra de las expectativas sino una “compensación equilibrada por el sacrificio especial que la nueva regulación impone”<sup>700</sup>.

Y concluye afirmando que donde el principio de protección de la confianza “puede tener un juego propio es en los supuestos de no retroactividad o retroactividad impropia”, dado que, a diferencia de lo que sucede con las normas puramente retroactivas, en las que no está en juego tanto la confianza legítima como la prohibición constitucional, “en los casos de retroactividad impropia es donde la protección de la confianza puede modular, como ya hemos visto, la sustancial libertad de configuración del legislador para innovar el ordenamiento jurídico”<sup>701</sup>.

Por su parte, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, entiende que quienes invirtieron en la actividad de generación de electricidad mediante tecnologías renovables no se encontraban en una situación reglamentaria, libremente modificable por los poderes públicos, sino en una situación contractual que no puede modificarse unilateralmente por una de las partes y señala que el fallo de la Sentencia resulta insatisfactorio por falta de suficiente motivación y “en la medida en que -sin citar siquiera las normas mismas que contenían la oferta del Estado, ni analizar los términos de tal oferta- consideran que los operadores no tienen un derecho consolidado, sino una expectativa” sin que dicha afirmación descansa en el tenor de las normas modificadas sino en una “consideración doctrinal sobre la seguridad jurídica, la confianza legítima y la retroactividad que no considera los hechos concretos en presencia”<sup>702</sup>.

La desestimación por el Tribunal Constitucional de los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente al Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la consiguiente conformidad del mismo con la CE ha permitido al Tribunal Supremo desestimar igualmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a las normas reglamentarias de desarrollo (tanto del Real Decreto 413/2014 como de la Orden

---

<sup>700</sup> *Ibid.* Págs. 94 a 96.

<sup>701</sup> *Ibid.* Pág. 100.

<sup>702</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2016), “Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Vol. 2, 2016, págs. 29-80.

IET/1045/2014), ya con referencia al hecho de haberse declarado su conformidad con la Carta Magna<sup>703</sup>.

Entiende el Alto Tribunal que dichas normas, al establecer un nuevo marco retributivo, no infringen la garantía expropiatoria toda vez que la nueva regulación tiene carácter general y delimita el derecho respetando el contenido esencial a la obtención de una retribución razonable, sin que pueda entenderse que exista un derecho adquirido a una concreta retribución sino, a lo sumo, una mera expectativa a percibir la que pueda estar en vigor en cada momento.

Concretamente, se señala que “tampoco es posible entender que en los casos en los que se produce una modificación legal pueda considerarse como expropiatorio el establecimiento de un nuevo marco retributivo, ni expropiable la mera expectativa a seguir percibiendo idéntica retribución, al no existir un derecho adquirido a la inmutabilidad de las normas ni tampoco al mantenimiento de un determinado régimen retributivo pro futuro y de forma indefinida. Las disposiciones impugnadas, se insiste que dictadas en desarrollo de una norma con rango de ley que derogó el régimen retributivo previsto por el RD 661/2007, constituyen una regulación de carácter general, de delimitación del derecho a la retribución de la producción de energía de fuentes renovables, que respeta el contenido esencial del derecho a la obtención de una rentabilidad razonable de la inversión, garantizado por el artículo 14.7 de la Ley 24/2013 y por el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 , en la redacción dada por el artículo 1 del RD-ley 9/2013 y que por ello carece de naturaleza expropiatoria”<sup>704</sup>.

Además, entiende el Tribunal que dichas normas no vulneran los principios constitucionales de irretroactividad, de seguridad jurídica y de confianza legítima, incluso, con el alcance que este último tiene en el Derecho de la UE.

En este sentido, se afirma que “el estándar de protección de los principios generales del Derecho Comunitario de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad prohibida, que emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

---

<sup>703</sup> STS de 1 de junio de 2016, rec. 64/2014, entre otras.

<sup>704</sup> *Ibid.* F.J. 10º



no difiere del aplicado por el Tribunal Constitucional español”<sup>705</sup>, razón por la cual no procede el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En cuanto a la posible violación por el Reino de España de la protección dispensada por el Derecho internacional de inversiones como consecuencia de la aprobación de las expresadas normas, entiende el Tribunal Supremo que las disposiciones impugnadas no han vulnerado las previsiones del TCE “no solo por la dificultad de entenderlo aplicable a los inversores españoles respecto de las decisiones adoptadas por el Gobierno español, lo que no se aviene con las disposiciones de aquél” (es decir, al no formar parte los demandante del ámbito subjetivo de aplicación de dicho tratado), “sino porque no se aprecia que nos encontremos ante los supuestos contemplados en los invocados artículos 10 y 13 del referido Tratado sobre la Carta de la Energía, pues la protección dispensada en dicho Tratado lo es a las inversiones extranjeras contra "medidas exorbitantes o discriminatorias", sin que el nuevo régimen retributivo establecido en el Real Decreto-ley 9/2013 y en la Ley 24/2013, que desarrolla la norma reglamentaria impugnada, pueda merecer dicha consideración” (es decir, al entender que las indicadas normas carecen del expresado carácter)<sup>706</sup>.

Y por último y en lo que a la posible violación del art. 1 del Protocolo Adicional de la CEDH se refiere, entiende el Tribunal Supremo que la derogación del régimen primado como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, “no supone una ablación de derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario de la normativa reglamentaria ni incide en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas”<sup>707</sup>.

La anterior Jurisprudencia sentada por los tribunales españoles ha cerrado, prácticamente de manera absoluta, el reconocimiento a los inversores nacionales de toda protección fundamentada en el Derecho español frente a la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología renovable.

---

<sup>705</sup> *Ibid.* F.J. 7º

<sup>706</sup> *Ibid.* F.J. 8º

<sup>707</sup> *Ibid.* F.J. 9º

## **VIII.- LA INTERACCIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES**

Según se ha tenido ocasión de exponer anteriormente, son varios los ordenamientos jurídicos que, desde diferentes perspectivas y con un alcance diverso, protegen a los inversores frente al riesgo regulatorio.

Desde la perspectiva de la protección de las inversiones que puedan realizarse en un país europeo (como España) frente al indicado riesgo, esos ordenamientos jurídicos serían, además del Derecho nacional, el Derecho de la UE (que incluye, además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el Derecho internacional de protección de los derechos humanos (particularmente, el sistema europeo de derechos humanos) y el Derecho internacional de inversiones (tanto consuetudinario como convencional).

Los ámbitos de aplicación subjetiva de dichos ordenamientos no son coincidentes. Así, mientras el Derecho internacional de inversiones únicamente resulta de aplicación a los inversores extranjeros que sean nacionales de Estados parte de los correspondientes convenios (p.ej. art. 10.1 del TCE), la protección que dispensa el sistema europeo de derechos humanos se extiende a toda persona que esté bajo la jurisdicción de uno de los Estados parte (art. 1 CEDH).

El Derecho español y el Derecho de la UE, por su parte, se aplican, como regla general, con arreglo al principio de ciudadanía (arts. 9.1 CE y art. 9 del TUE), si bien reconocen una pléyade de derechos y obligaciones para quienes residan o tengan su domicilio social, respectivamente, en España o en algún otro Estado miembro de la Unión.

También difieren dichos ordenamientos jurídicos desde el punto de vista de la protección que dispensan a quienes están sujetos a los mismos (estándar mínimo de protección, estándar de trato justo y equitativo, reconocimiento de la propiedad privada y garantía expropiatoria, responsabilidad patrimonial de la Administración, principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, prohibición de atribución de eficacia retroactiva a determinadas normas) y de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados que se ponen a su disposición (tribunales de justicia o arbitrales, nacionales, europeos o internacionales).

Las anteriores diferencias exigen analizar las relaciones que existen entre los distintos ordenamientos jurídicos que protegen las inversiones expuestas a riesgo regulatorio, particularmente las existentes entre el sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho de la UE, entre el Derecho internacional de inversiones y el Derecho de la UE y entre el Derecho internacional de inversiones y el Derecho nacional<sup>708</sup>.

---

<sup>708</sup> Buena parte de dichas relaciones se exteriorizan a través del “diálogo” que mantienen el Tribunal Constitucional, el TEDH y el TJUE. Sobre el mismo vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, págs. 195-230; o OLLERO TASSARA, A. (2018) “Diálogo de tribunales en el marco europeo”, en DE LUCAS MARTÍN, F.J., VIDAL GIL, E.J., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. Y BELLVER CAPELLA, V. (Coords.) *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Vol. 1, págs. 911-928.

## **8.1. Relación entre el Derecho nacional y el sistema europeo de derechos humanos**

La relación entre el Derecho nacional y el sistema europeo de derechos humanos cristaliza de ordinario en el diálogo que regularmente mantienen los jueces y tribunales nacionales y el TEDH.

El art. 10.2 CE, al señalar que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, convierte a la jurisprudencia elaborada por el TEDH en interpretación de la CEDH en el principal canon hermenéutico de los derechos y libertades contemplados en el Título I de la Constitución.

En este sentido y como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional:

“Esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”<sup>709</sup>.

Sin embargo, los textos y acuerdos internacionales a que se refiere el artículo 10.2 CE no constituyen un canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no son canon autónomo de constitucionalidad. Como señala el Tribunal Constitucional, si lo fueran “sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas”<sup>710</sup>.

---

<sup>709</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero, F.J. 5º.

<sup>710</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 5º.

A juicio de GARCÍA ROCA “los tribunales constitucionales deben actuar como interlocutores privilegiados del TEDH en ese diálogo y, al tiempo, como mediadores, junto a los tribunales supremos, divulgando la jurisprudencia europea a los órganos judiciales y las autoridades nacionales y haciéndola compatible con las jurisprudencias constitucionales mediante una interpretación conforme”, siendo “muy conveniente acomodar los parámetros constitucionales de derechos, mediante su reforma, al mínimo que entraña el sistema del Convenio”<sup>711</sup>.

En principio, la protección de los derechos fundamentales (y, particularmente, la del derecho de propiedad privada) viene atribuida a los jueces y tribunales nacionales, sin perjuicio de la posible intervención del TEDH tras el agotamiento de las vías internas de recurso (art. 35 CEDH).

En el anterior sentido, el Protocolo nº 15 a la CEDH ha reconocido que “incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio”.

En cuanto a la protección de los derechos y libertades fundamentales a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE), el TEDH ha validado la modificación de la regulación de dicho recurso contemplada en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo de 2007, por la que se modifica la Ley Orgánica a 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional<sup>712</sup> y que se ha traducido, entre otros aspectos, en el establecimiento en sede legal de la exigencia de una “especial trascendencia constitucional” para la admisión del recurso de amparo extraordinario<sup>713</sup>. Las decisiones de inadmisión de recursos de amparo por falta

---

<sup>711</sup> GARCÍA ROCA, J. (2012), “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, págs. 183-224.

<sup>712</sup> El art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tras la modificación efectuada, prevé que en la tramitación de las demandas de amparo se adopte una decisión de admisión a trámite que, entre otros extremos, queda supeditada a que “*el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

<sup>713</sup> Sentencia TEDH de 20 de enero de 2007, *Arribas Antón c. España*. En la misma el Tribunal afirma que “la normativa referente a las formalidades y plazos a respetar para interponer un recurso tiene como objeto asegurar, especialmente, el respeto del principio de seguridad jurídica”, principio que “exige, por una parte, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance del criterio de especial trascendencia constitucional (...) y, por otra parte, que explicité su aplicación en los asuntos declarados

de especial trascendencia constitucional adoptadas por el Tribunal Constitucional no permiten entender incumplido el requisito de agotamiento de la vía previa para poder acudir al TEDH<sup>714</sup>.

Por su parte, el Protocolo nº 16 a la CEDH<sup>715</sup> prevé en su art. 1 que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de las Altas Partes Contratantes, “podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”, debiendo el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud pedir la opinión consultiva “únicamente en el marco de un asunto del que esté conociendo” (art. 1). El TEDH dispone de la facultad discrecional de aceptar o no la solicitud de opinión consultiva. De aceptarla, la opinión será emitida por la Gran Sala, será motivada y no tendrá carácter vinculante<sup>716</sup>.

El diálogo de los jueces nacionales con el TEDH se realiza al margen del Derecho de la UE, si bien no es descartable la incidencia que sobre ese diálogo pueda tener la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sobre la “independencia” de dicho diálogo, la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson* (C-617/10), relativa a las consecuencias que un juez nacional

---

admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia” (parágrafo 46) y que “el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo: en efecto, tal como menciona el Gobierno, este cambio persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar una saturación excesiva de la función del Tribunal Constitucional para asuntos de menor importancia” (parágrafo 49).

<sup>714</sup> En su sentencia de 20 de enero de 2007, *Arribas Antón c. España*, el TEDH afirma que “no tiene en absoluto como función el sustituir a las Autoridades nacionales competentes para definir la política más oportuna en materia de normativa de acceso a los recursos, sino de valorar, desde la perspectiva del Convenio, las decisiones que han dictado en el ejercicio de su facultad de apreciación”, que “su función no consiste por tanto en controlar de manera alguna in abstracto la Ley y la práctica pertinente, sino de averiguar, si la manera en que han sido aplicadas al demandante, ha infringido el Convenio” y que “el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto” (parágrafo 42).

<sup>715</sup> El Protocolo nº 16 a la CEDH entró en vigor el día 1 de agosto de 2018 en los 10 Estados miembros que lo han firmado y ratificado (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania). España, de momento, no tiene previsto firmarlo ni ratificarlo ([https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428869010-Entrada\\_en\\_vigor\\_del\\_Protocolo\\_n\\_16\\_al\\_Convenio\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428869010-Entrada_en_vigor_del_Protocolo_n_16_al_Convenio_.PDF), a. 1/6/2021).

<sup>716</sup> Sobre las opiniones consultivas del TEDH, vid. CACHO SÁNCHEZ, Y. (2019), “El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 71.

debe deducir en caso de conflicto entre el Derecho nacional y la CEDH, señala que “si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales —como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3—, y el artículo 52, apartado 3 de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional”.

## **8.2 Relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE en materia de protección de los derechos fundamentales<sup>717</sup>**

Tratándose del diálogo entre el juez nacional y el TJUE en materia de protección de los derechos humanos (y, particularmente, del derecho de propiedad privada) debe tenerse en cuenta que el art. 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que sus disposiciones “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

Para poder entender que un Estado miembro ha violentado alguno de los derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea resulta necesario, por lo tanto, que aquél haya aplicado el Derecho de la Unión.

La jurisprudencia del TJUE aporta diversos criterios al respecto.

Así, en su Sentencia de 6 de marzo de 2014, el Tribunal de Justicia señala que el concepto “aplicación del Derecho de la Unión” a efectos del art. 51 de la Carta “requiere que exista un vínculo de conexión con el Derecho de la Unión de un grado superior a la mera proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de las materias en la otra” y que “para determinar si una normativa nacional es una medida de aplicación del Derecho de la Unión se ha de comprobar, entre otros aspectos, si su finalidad es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar”, llegando a la conclusión de que las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas por el tribunal remitente no imponían a los Estados miembros obligación alguna con respecto a la situación objeto del

---

<sup>717</sup> Sobre la relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea en materia de protección de los derechos fundamentales vid. CRUZ VILLALÓN, P (2017), “El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea”, *Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 39, (monográfico sobre “El TJUE como actor de constitucionalidad”), págs. 85-101. En la misma obra, vid. PUNSET BLANCO, R. “Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni”, págs. 189-212, CARRILLO, M. “Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos”, págs. 213-234, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH”, págs. 235-269, o UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, págs. 361-386.



litigio principal y que los objetivos de las normas del Derecho de la Unión y la normativa nacional de que se trataba no eran los mismos, de forma que las disposiciones de la normativa nacional discutida no aplicaban normas del Derecho de la Unión<sup>718</sup>.

Por su parte, la Sentencia de 13 de junio de 2017, afirma que “cuando un Estado miembro adopta medidas en el ejercicio de la facultad de apreciación que le confiere un acto del Derecho de la Unión, debe considerarse que aplica dicho Derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta” y llega a la conclusión opuesta<sup>719</sup>.

En su sentencia de 21 de mayo de 2019 la Gran Sala del Tribunal ha declarado que los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, debiendo por tanto respetarse cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho, lo que ocurre cuando una normativa nacional puede obstaculizar una o varias de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y el Estado miembro de que se trata invoca motivos contemplados en el art. 65 del mismo o razones imperiosas de interés general reconocidas por el Derecho de la Unión para justificar ese obstáculo. En tal caso, la normativa nacional en cuestión solo podrá acogerse a las excepciones así establecidas si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, cuando un Estado miembro hace uso de excepciones establecidas por el Derecho de la Unión para justificar un obstáculo a una libertad fundamental garantizada por el Tratado debe considerarse que aplica el Derecho de la Unión a efectos del art. 51, aptdo. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>720</sup>.

Por otra parte, la Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2013 resuelve la primera cuestión prejudicial planteada, en el marco del diálogo entre tribunales, por el Tribunal Constitucional español y señala que “es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no

---

<sup>718</sup> Sentencia TJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-206/13, *Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia — Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, aptdos. 24 y 25.

<sup>719</sup> Sentencia TJUE de 13 de junio de 2017, asunto C-258/14, *Eugenia Florescu y otros contra Casa Județeană de Pensii Sibiu y otros*, aptdo. 48.

<sup>720</sup> Sentencia TJUE de 21 de mayo de 2019, Asunto C-235/17, *Comisión/Hungría*, aptdo. 64.

afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>721</sup>. Y, en relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión afirma que, por su virtud, “la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11 *Stefano Melloni / Ministerio fiscal* aptdo. 60.

<sup>722</sup> *Ibid.* aptdo. 59.

### **8.3. Relación entre el sistema europeo de derechos humanos y el Derecho de la UE**

Los inversores sujetos al Derecho de la UE que, a su vez, estén sujetos a la jurisdicción de alguno de los Estados parte de la CEDH están, en principio, facultados para recabar la protección del derecho de propiedad sobre las inversiones que realicen dispensado tanto por aquél (art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) como por éste (art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio) frente a las actuaciones de dichos Estados que, en ejercicio de la función de regulación en ejecución del Derecho de la Unión, sobrepasen determinados límites.

El diálogo que, mediante mutuas referencias a sus respectivas sentencias, entablaron inicialmente el TEDH y el TJUE se ha visto espoleado como consecuencia de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras la celebración del Tratado de Lisboa en 2007<sup>723</sup>.

Es indudable la influencia que sobre la interpretación y la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha tenido y tiene la Jurisprudencia del TEDH.

Sin ir más lejos y como señala el art. 52 de la propia Carta, en la medida en que se reconozcan en la misma derechos que correspondan a derechos garantizados por la CEDH, “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, lo que se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que el Derecho de la Unión conceda una “protección más extensa” (aptdo. 3).

Por su parte, el TEDH ha considerado que el Derecho de la UE ofrece en materia de derechos humanos una protección equivalente a la de la CEDH, pudiendo presumirse que los Estados miembros de la UE cumplen las obligaciones que les incumben con fundamento en el Convenio cuando se limitan a aplicar obligaciones que vengan establecidas en el Derecho de la Unión.

---

<sup>723</sup> Como señala CRUZ VILLALÓN, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene una naturaleza diversa a la de la CEDH. Para dicho autor, la Carta es “una declaración de derechos que compartimos, no como nacionales de Estados diversos, sino como miembros de una misma comunidad política, partícipes de una misma ciudadanía” (vid. CRUZ VILLALÓN, P., “El valor ...” *Op. cit.* pág. 89).

En el anterior sentido, en su sentencia de 30 de junio de 2005 (asunto *Bosphorus c. Irlanda*) el TEDH, considerando el control que el Tribunal de Justicia mantiene sobre la aplicación del Derecho de la Unión por los tribunales nacionales, incluidas las garantías de los derechos fundamentales, afirmó que, “*the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, “equivalent” (...) to that of the Convention system*”, entendiéndose por equivalente lo comparable y asumiendo que la equivalencia no tiene carácter definitivo y está sujeta a revisión si se producen cambios relevantes en el sistema de protección de los derechos fundamentales<sup>724</sup>.

Sin embargo y como señala LÓPEZ GUERRA<sup>725</sup>, la jurisprudencia del TJUE ha comenzado a hacer una “interpretación autónoma” de los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pasando a citarse la CEDH y la jurisprudencia emanada del TEDH por la vía del art. 52.3 de dicha Carta, “no como la *ratio decidendi* de las resoluciones del TJUE, sino como fuente de conocimiento jurídico en esas resoluciones”.

Para evitar las incoherencias derivadas del hecho de ser diferente el alcance de la protección que dispensan la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la CEDH, el Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009 modificó el art. 6.2 del TUE previendo expresamente la adhesión de aquella a dicha convención.

La Comisión Europea preparó a tal efecto un “proyecto de acuerdo de adhesión” a la CEDH, proyecto que, tras ser negociado con el TEDH, fue sometido a evaluación por el TJUE.

En su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014<sup>726</sup>, el Tribunal de Justicia declaró que el proyecto de acuerdo sometido a su consideración no era compatible ni con el art. 6.2 del TUE ni con el Protocolo nº 8 del mismo relativo a dicho acuerdo, por cuanto:

---

<sup>724</sup> *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, sentencia TEDH de 30 de junio de 2005, párrafos 155 y 165.

<sup>725</sup> LÓPEZ GUERRA, L. (2017), “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39 (Ejemplar monográfico sobre “El TJUE como actor de constitucionalidad”), págs. 163-188.

<sup>726</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. (2015), “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/2013 ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 52, págs. 825-869.

- Puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que el mismo no garantiza la coordinación entre el art. 53 de la CEDH <sup>727</sup> y el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>728</sup>, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo nº 16<sup>729</sup> y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE<sup>730</sup>.

- Puede afectar al art. 344 TFUE<sup>731</sup>, en la medida en que no excluye la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación de la CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.

- No garantiza que el modo de funcionamiento del mecanismo del codemandado (de la UE o de sus Estados miembros en procedimientos ante el TEDH en los que se cuestione la compatibilidad del Derecho de la Unión con la CEDH) preserve las características específicas de la Unión y de su Derecho.

- No garantiza que el modo de funcionamiento del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que se prevé instaurar (que se

---

<sup>727</sup> Dicho precepto señala que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

<sup>728</sup> El referido precepto dispone que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

<sup>729</sup> El Protocolo nº 16 a la CEDH, que entró en vigor respecto de los Estados parte que lo han firmado y ratificado, contempla la posibilidad de que los Altos Tribunales de aquéllos soliciten al TEDH la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. Las solicitudes de opiniones consultivas deben efectuarse en el marco de asuntos en trámite ante la jurisdicción nacional, disponiendo el Tribunal de la facultad discrecional de aceptar o rechazar la solicitud. Las opiniones consultivas, en su caso, serán emitidas por la Gran Sala, debiendo ser motivadas y no teniendo carácter vinculante.

<sup>730</sup> El art. 267 TFUE faculta al Tribunal de para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, entre otros casos, en aquellos en los que a) se plantee una cuestión de dicha naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, si dicho órgano pide al Tribunal que se pronuncie sobre la misma por estimar necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo; b) se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, teniendo el planteamiento de la cuestión carácter obligatorio.

<sup>731</sup> Dicho precepto prevé el compromiso de los Estados miembros de “no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”.

fundamenta en el carácter subsidiario del sistema de control basado en la CEDH, pero que no prevé que quien determine si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH sea exclusivamente la institución competente de la UE, cuya decisión debería vincular a dicho Tribunal) preserve las características específicas de la Unión y de su Derecho.

- No tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de Política Exterior y de Seguridad Común, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión.

En resumen, el Dictamen 2/13 del TJUE considera que el proyecto de acuerdo de adhesión de la UE a la CEDH no garantiza la primacía y la autonomía del Derecho de la Unión.

El anterior Dictamen ha impedido, por el momento, la adhesión formal de la UE a la referida Convención, de forma que la actuación de sus instituciones no puede enjuiciarse con arreglo a la misma.

Excluida, por el momento, la posibilidad de un control externo del Derecho de la UE y de la actividad de las instituciones de la Unión desde la perspectiva de la defensa de los derechos humanos por parte del TEDH y con fundamento en la CEDH, uno y otra únicamente podrán ser objeto de control interno desde dicha perspectiva con fundamento en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Si bien el ámbito de aplicación de la Carta es, por un lado, potencialmente muy amplio, ya que la mayoría de los derechos que contemplan se reconocen a “toda persona”, independientemente de su nacionalidad o estatuto, por otro, el art. 51 (“están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”) limita su aplicación a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Esta disposición permite definir la frontera entre el ámbito de aplicación de la Carta y el de las Constituciones nacionales y la CEDH.

El diálogo entre el TEDH y el TJUE resulta imprescindible en el nuevo escenario surgido tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

Europea toda vez que tanto ésta (art. 17) como la CEDH (art. 1 del Protocolo Adicional) garantizan el derecho de propiedad.

En el anterior sentido, en el asunto *Laurus Invest Hungary KFT y Continental Holding Corporation c. Hungría*<sup>732</sup> seguido ante el TEDH, algunos de los demandantes que habían alegado la vulneración del art. 1 del Protocolo 1 de la CEDH (derecho de propiedad), presentaron con posterioridad ante los tribunales húngaros una demanda de responsabilidad patrimonial frente al Estado húngaro, planteándose por el tribunal conecedor de la misma una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de si el art. 56 del TFUE exigía un período transitorio o una compensación, cuestión que fue resuelta mediante sentencia de 11 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se establecieron los criterios de responsabilidad del Estado en casos de vulneración del art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho de propiedad)<sup>733</sup>. El TEDH, por su parte, inadmitió la demanda formulada por los inversores que acudieron al mismo como consecuencia de no haberse agotado las vías de impugnación internas.

La jurisprudencia del TEDH no exige, para apreciar que concurre el requisito de que se hayan agotado las vías internas disponibles, que el recurrente ante el mismo haya planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE, dada la inexistencia de una obligación general para el juez nacional de plantear ante el mismo dicha cuestión.

Pero, como señala LÓPEZ GUERRA, lo anterior no significa que el planteamiento de la cuestión prejudicial sea irrelevante a efectos de la exigencia de agotamiento de las vías internas para poder acudir al TEDH. Precisamente, dicho Tribunal procedió a inadmitir la demanda formulada ante el mismo con anterioridad a la decisión del caso por el tribunal húngaro en el asunto *Laurus c. Hungría* y a la vista de la sentencia del TJUE como consecuencia de no haberse agotado las vías internas. Para aquel Tribunal, la resolución del TJUE “ofrecía una perspectiva razonable de que los tribunales húngaros fallaran en

---

<sup>732</sup> *Laurus Invest Hungary KFT y Continental Holding Corporation c. Hungría*, Decisión de inadmisión de 8 de septiembre de 2015.

<sup>733</sup> Sentencia TJUE de 11 de junio de 2015, asunto C 98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft y otros c. Magyar Állam*. En la sentencia se afirma que “una legislación nacional restrictiva con arreglo al artículo 56 TFUE también puede ser limitativa del derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Carta. De igual manera, el TJUE ya ha juzgado que una restricción no justificada o desproporcionada de la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 56 TFUE tampoco es admisible en virtud del artículo 52, aptdo. 1, de la Carta en relación con el artículo 17 de ésta (sentencia *Pfleger y otros*, C-390/12)” (aptdo. 90).

el fondo del caso a favor de los demandantes, y que por esa vía podrían obtener un resarcimiento de las alegadas vulneraciones de su derecho de propiedad, sin que el Tribunal de Estrasburgo debiera pronunciarse sobre una materia situada dentro del Derecho de la Unión y sobre la que ya se había pronunciado el Tribunal de Justicia”<sup>734</sup>.

---

<sup>734</sup> LÓPEZ GUERRA, L., *Op. cit.*, pág. 176.



#### **8.4. Relación entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional de inversiones.**

Los inversores de Estados que hayan celebrado con Estados miembros de la UE acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o que sean parte de acuerdos de libre comercio que contemplen regímenes de protección de inversiones exteriores pueden invocar, respecto de las inversiones que realicen en el territorio de dicho Estado miembro y frente a las actuaciones que el mismo desarrolle en ejercicio de la función de regulación que sobrepasen determinados límites, ora la protección que pueda dispensar el Derecho de la Unión ora la que resulte de los indicados acuerdos internacionales.

En el ámbito de la UE se ha discutido profusamente acerca de la conformidad con el TFUE y con el Derecho de la UE en general de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de dicha Unión<sup>735</sup>, particularmente la de aquellos acuerdos que establecían que el derecho aplicable para solucionar las controversias que pudieran surgir entre los inversores de uno de los Estados parte y el otro Estado parte estaba constituido no solo por las disposiciones del propio acuerdo sino, además, por el Derecho vigente en el Estado miembro huésped de la inversión, derecho que, obviamente, incluía el Derecho de la UE<sup>736</sup>.

---

<sup>735</sup> Sobre dicha relación, vid. BURGSTALLER, M. (2009), “European Law and Investment Treaties”, *Journal of International Arbitration*, vol. 26, págs. 181-216; IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2018), “La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2017*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 113-187; PASCUAL VIVES, F.J. (2010), “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, págs. 467-495; PASCUAL VIVES, F.J. (2011) “Los acuerdos sobre promoción y protección de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, vol 40, págs. 441-489; RADU, A. (2008), “Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *European Law Journal*, vol. 14, págs. 237-260; SÖDERLUND, CH. (2007), “Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration*, vol. 24, págs. 455-468; WIERZBOWSKI, M. y GUBRYNOWICZ, A. (2009), “Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITS and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions”, en BINDER, Ch., KRIEBAUM, U., REINISCH, A. y WITTICH, S. (Eds.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Oxford, págs. 544-560.

<sup>736</sup> La práctica convencional y arbitral atribuye habitualmente al Derecho nacional la condición de hecho. En cuanto a la práctica convencional, por ejemplo, el art. 8.32.2 del CETA afirma que “el tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de

Así, por ejemplo, en el acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrado entre el Reino de España y la República de Croacia se establecía (art. 11.3) que:

“3. El arbitraje se basará en:

- las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo o en cualesquiera otros acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes;
- las normas y los principios universalmente reconocidos del Derecho Internacional;
- el Derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de leyes”

En sentido análogo se pronunciaban los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por el Reino de España con las Repúblicas de Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Rumanía, Polonia (y, obviamente, el de una multitud de acuerdos bilaterales celebrados entre otros Estados miembros de la UE).

Como excepción, no se remitían al Derecho nacional como derecho aplicable para resolver las controversias entre inversores y Estados los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por el Reino de España con las Repúblicas de Hungría y Eslovenia<sup>737</sup>.

El análisis de la anterior cuestión exige partir del reconocimiento a favor de la UE de la competencia exclusiva en materia de “política comercial común” que, a partir del Tratado de Lisboa, efectúa el art. 3.1 TFUE.

Respecto de dicha política, el art. 206 TFUE señala que “mediante el establecimiento de una unión aduanera de conformidad con los artículos 28 a 32, la Unión

---

dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”. Respecto de la práctica arbitral, vid. *Isolux c. España*, parágrafo 793. No obstante, no puede obviarse que el art. 42 del Convenio del CIADI expresa que “el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

<sup>737</sup> Acerca de la vigencia de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE, vid. el Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020).

contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo”.

El art. 207 TFUE especifica que “la política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a (...) las inversiones extranjeras directas” (aptdo. 1) y que “en caso de que deban negociarse y celebrarse acuerdos con uno o más terceros países u organizaciones internacionales, se aplicará el artículo 218, sin perjuicio de las disposiciones específicas del presente artículo”, de forma que “la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que la autorizará a iniciar las negociaciones necesarias”, correspondiendo al Consejo y a la Comisión “velar por que los acuerdos negociados sean compatibles con las políticas y normas internas de la Unión”. Esta última “llevará a cabo dichas negociaciones en consulta con un comité especial designado por el Consejo para asistirle en dicha tarea y con arreglo a las directrices que el Consejo pueda dirigirle” e “informará periódicamente al comité especial y al Parlamento Europeo de la marcha de las negociaciones” (aptdo. 3). Para la negociación y celebración de los indicados acuerdos, el Consejo debe decidir por mayoría cualificada o, cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas, por unanimidad (aptdo. 4).

El ejercicio de las competencias atribuidas a la UE en el ámbito de la política comercial común no afecta a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conlleva una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de estos últimos en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización (aptdo. 6)<sup>738</sup>.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que “un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto”, no pudiendo entrar en vigor dicho acuerdo en caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia,

---

<sup>738</sup> En cuanto a dicha delimitación, vid. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I. (2017), “Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea: Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 50; ORTEGA GÓMEZ, y M, AÑOVEROS TERRADAS, B. (Coords.) (2017) *Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI*; o SEGURA SERRANO, A. (2017) “Renovación y crisis de la política comercial común de la Unión Europea: el Dictamen 2/15”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 43.

“salvo modificación de éste o revisión de los Tratados” (art. 218.11 TFUE) y que “los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros” (art. 216.2 TFUE).

Por último, el TFUE reconoce la competencia suprema del TJUE en materia de interpretación y aplicación del Derecho de la Unión tanto originario como derivado.

En el anterior sentido, el TFUE recoge el compromiso de los Estados miembros de “no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos” (art. 344 TFUE).

Y a modo de cláusula de cierre, el art. 267 TFUE contempla la competencia del TJUE para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de forma que “cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”, salvo que las decisiones del mismo no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, supuesto en el que “dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.

El TJUE ya remarcó la autonomía del Derecho de la UE en su Dictamen 1/1991, de 14 de diciembre de 1991, en el que se analizaba la compatibilidad con dicho Derecho del Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo (EEE) y, particularmente, del sistema de control jurisdiccional que en el mismo se pretendía establecer<sup>739</sup>.

Para dicho Tribunal la competencia atribuida al Tribunal del EEE para resolver las controversias entre las partes contratantes “puede vulnerar el orden de competencias definido en los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario,

---

<sup>739</sup> Sobre la autonomía del Derecho de la UE, vid. LASO PÉREZ, J. (2008) “La autonomía del derecho de la Unión Europea y el denominado derecho constitucional europeo”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (Coord.) *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, págs. 131-148; o MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2011) “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del derecho de la Unión Europea frente al Derecho Internacional”, en RODRIGO HERNÁNDEZ, S.J. y GARCÍA I SEGURA, C. (Coords.) *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional*, págs. 254-286.

cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, conforme al artículo 164 del Tratado CEE. Esta competencia exclusiva del Tribunal de Justicia se confirma por el artículo 219 del Tratado CEE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado. El artículo 87 del Tratado CECA contiene una norma en este mismo sentido” (aptdo. 35) siendo dicha atribución incompatible con el Derecho comunitario.

En cuanto a la facultad que el acuerdo deja a los Estados de la AELC de autorizar o no a sus órganos jurisdiccionales para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE y a la falta de previsión de una obligación de plantearlas para los órganos jurisdiccionales que resuelvan en última instancia, el Dictamen no observa mayor problema.

Sin embargo y respecto de la falta de efecto vinculante para los órganos jurisdiccionales remitentes de las respuestas que pueda dar el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento que pueda establecerse, éste entiende que es imposible admitir un efecto puramente consultivo para las mismas pues, primero, se desvirtuaría la función del Tribunal de Justicia, tal y como la concibe el Tratado CEE, es decir, la de un órgano jurisdiccional cuyas sentencias son de obligado cumplimiento y, segundo, se generaría incertidumbre, toda vez que dichas respuestas tendrían efecto vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Comunidad, cuando deban pronunciarse sobre la aplicación del Acuerdo, poniéndose en entredicho la seguridad jurídica que es indispensable para el buen funcionamiento del procedimiento prejudicial.

Sin perjuicio de la competencia de la UE en materia de política comercial común, los Estados miembros son parte de un gran número de acuerdos, tanto bilaterales como multilaterales, de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o acuerdos de libre comercio que contienen capítulos de protección de inversiones exteriores. Habitualmente se trata de acuerdos bilaterales celebrados por dichos Estados con anterioridad a su adhesión a la UE, si bien existen algunos acuerdos multilaterales celebrados tanto por los Estados miembros de la UE como por la propia Unión (es el caso, por ejemplo, del TCE).

Respecto de dichos acuerdos se plantea la duda de si los celebrados entre Estados miembros de la UE y, más concretamente, si los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados contemplados en los mismos son o no conformes con el

Derecho de la UE y pueden o no utilizarse para resolver las que surjan entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro.

Al margen del principio de primacía del Derecho de la UE, desde la perspectiva del Derecho de los tratados y en el supuesto de que dos tratados internacionales resulten incompatibles (tratados sucesivos concernientes a la misma materia), no existiendo previsión específica en los mismos que regule dicha incompatibilidad, tratándose de las mismas partes y no habiéndose declarado terminado o suspendido el tratado anterior, éste “se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” (art. 30.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969).

Lo que, aplicado al supuesto de que exista cualquier contradicción entre un acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores que hayan podido celebrar un Estado miembro de la UE y un Estado no miembro de la misma y el tratado de adhesión de este último a dicha organización internacional, hará que resulte de aplicación, únicamente, el tratado de adhesión y, por ende, el Derecho de la UE.

No obstante, la simultánea vigencia del Derecho de la Unión y de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores, tanto bilaterales como multilaterales, celebrados entre Estados miembros de aquélla generó una notable conflictividad tanto ante el TJUE como ante los tribunales arbitrales contemplados en dichos acuerdos. Tanto éstos como aquél tienen la condición de normas de Derecho internacional válidas y eficaces y ni regulan siempre la misma materia ni contemplan específicamente la forma de resolver la eventual incompatibilidad que pueda existir entre los mismos.

El asunto *Eastern Sugar*<sup>740</sup> es, en el anterior sentido, paradigmático. En el mismo se analizaba la posible violación del estándar de trato justo y equitativo por la República Checa respecto de un inversor neerlandés. El tribunal arbitral contemplado en el acuerdo bilateral de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre el Reino de los Países Bajos y la República Checa tuvo ocasión de pronunciarse acerca

---

<sup>740</sup> *Eastern Sugar c. República Checa*, CCE n.º 88/2004, Laudo parcial de 27 de marzo de 2007.

de la compatibilidad con el Derecho de la UE de un tratado bilateral celebrado entre dos Estados miembros de la misma.

La Comisión Europea presentó en dicho asunto unas observaciones *amicus curiae* manifestando que, tras la adhesión de la República Checa a la UE, el art. 307 del Tratado de Roma (que establecía que sus disposiciones no afectarían a derechos y obligaciones contemplados en convenios celebrados entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra, con anterioridad a la fecha de la adhesión de un Estado miembro, si bien preveía la obligación de dicho Estado, “en la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado”, de recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado) había dejado de resultar de aplicación “*once all parties of an agreement have become Member States*”, no pudiendo prevalecer sobre el Derecho de la UE (con carácter general) el acuerdo celebrado entre el Reino de los Países Bajos y la República Checa, al poder dar lugar la aplicación de este último a un trato más favorable para el inversor y para las inversiones realizadas en dichos Estados miembros respecto de las realizadas en otros Estados.

No obstante, la misma indicó que la primacía del Derecho de la UE no implicaba la terminación de los acuerdos de inversiones vigentes, aconsejando su denuncia, y reconoció que los mismos seguirían siendo de aplicación a las controversias en curso o a las que pudieran plantearse tras su terminación y durante el período que pudiera contemplar el propio acuerdo, debiendo considerarse en todo caso la expresada primacía<sup>741</sup>.

La Comisión Europea reconoció en el indicado asunto la existencia de ciento cincuenta acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE y en vigor, acuerdos que entendía innecesarios.

Respecto de dichos acuerdos bilaterales de inversiones la Comisión afirmó que “*their legal character after accession is not entirely clear*”, identificándose los riesgos que genera su pervivencia:

---

<sup>741</sup> *Ibid.* Parágrafo 119.

*“The risk remains that arbitration instances, possibly located outside the EU, proceed with investor-to-state dispute settlement procedures without taking into account that most of the provisions of such BITs have been replaced by provisions of Community law. Investors could try to practice “forum shopping” by submitting claims to BIT arbitration instead of -or additionally to- national courts. This could lead to arbitration taking place without relevant questions of EC law being submitted to the ECJ, with unequal treatment of investors among Member States as a possible outcome”<sup>742</sup>.*

El tribunal arbitral, no obstante las anteriores observaciones, rechazó el argumento de la República Checa acerca de la terminación del acuerdo bilateral de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado con el Reino de los Países Bajos tomando en consideración a tal efecto no solo su vigencia formal sino el hecho de que la Comisión Europea no hubiera iniciado un procedimiento de infracción frente a los expresados Estados miembros (o frente a otros en una situación análoga) por el hecho de no haber terminado los acuerdos de los que era parte y dado cumplimiento a las exigencias que resultan de Derecho de la UE.

Según las instituciones europeas han ido profundizando la “política comercial común”, la Comisión Europea ha ido adoptando una posición más beligerante, que le ha llevado a intervenir *amicus curiae* en diversos procedimientos arbitrales en los que se dirimía la aplicación de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE <sup>743</sup> y a iniciar distintos procedimientos de infracción frente a aquellos Estados renuentes a denunciar su vigencia y proceder a su terminación.

---

<sup>742</sup> *Ibíd.* Parágrafo 126.

<sup>743</sup> Así ha ocurrido, por ejemplo, en el asunto *Micula c. Rumanía*, en el que la Comisión Europea, además de someter sus observaciones *amicus curiae*, inició un procedimiento de infracción frente a Rumanía por no recuperar las cantidades satisfechas a los demandantes, en ejecución del laudo dictado a favor de éstos, entendiendo dicha institución que su pago constituye una ayuda concedida ilegalmente. La Sentencia TJUE de 18 de junio de 2019 dictada en los asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15, *European Food S.A. y otros c. Comisión*, ha desestimado el recurso interpuesto por la Comisión Europea al entender que el Derecho de la Unión solo era aplicable en Rumanía a partir de su adhesión a la Unión el 1 de enero de 2007, siendo el hecho determinante de la actuación de la Comisión (la derogación de un sistema de ayudas incompatible con el Derecho de la Unión, determinante de la violación del estándar de trato justo y equitativo que Rumanía debía ofrecer a los inversores suecos) anterior a dicha fecha y careciendo la misma de competencia respecto del mismo.



El TJUE dictó con fecha 6 de marzo de 2018 en el asunto *República Eslovaca c. Achmea* una importante sentencia<sup>744</sup> resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania) en relación con la ejecución del laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012 emitido por el tribunal arbitral previsto en el tratado para la promoción y la protección recíproca de inversiones celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.

Dicho acuerdo contemplaba en su art. 8.6 que el tribunal arbitral resolvería con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta, en particular, aunque no exclusivamente, las disposiciones del propio tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes, las disposiciones de tratados especiales relativos a la inversión, los principios generales del Derecho internacional y, en lo que aquí interesa, el Derecho en vigor de la Parte contratante afectada.

La República Eslovaca, en su condición de Estado sucesor de la República Federal Checa y Eslovaca, se subrogó en los derechos y obligaciones de esta última con arreglo al tratado para la promoción y la protección recíproca de inversiones por la misma celebrado con el Reino de los Países Bajos.

Además, y con fecha 1 de mayo de 2004, la República Eslovaca accedió a la condición de Estado miembro de la UE, tras la celebración y entrada en vigor del correspondiente tratado de adhesión.

Como consecuencia de la aprobación de diversas medidas legislativas por la República Eslovaca que perjudicaron la inversión realizada en dicho Estado por la compañía neerlandesa *Achmea* (medidas que le impedían distribuir los beneficios derivados de las actividades por la misma desarrolladas) el tribunal arbitral previsto en el acuerdo de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores celebrado entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos dictó el 7 de

---

<sup>744</sup> Sentencia TJUE de 6 de marzo de 2018 en el asunto C-84/16, *República Eslovaca c. Achmea*. Acerca de esta sentencia y sus consecuencias, vid. CENTENO HUERTA, S. y KUPLEWATZKY, N. (2019) “On Achmea, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and What Lies Ahead”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, n.º. 1, págs. 61-78; ECKES, C. (2019) “Some Reflections on Achmea’s Broader Consequences for Investment Arbitration”, *European papers: a journal (...) Op. Cit.*, págs. 79-97; IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2018) “La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 60; LASA LÓPEZ, A. (2018), “Autonomía del Derecho Constitucional de la Unión y mecanismo de resolución de controversias entre Inversores y Estados ¿maridaje o disonancia?: reflexiones sobre el Asunto C-284/16 Slowakische Republik y Achmea BV”, *Unión Europea Aranzadi*, n.º 11.

diciembre de 2012 un laudo arbitral en el que consideró infringido el estándar de trato justo y equitativo que la República Eslovaca estaba obligada a dispensar a *Achmea* en virtud de dicho acuerdo.

La República Eslovaca interpuso recurso de anulación frente al laudo arbitral ante un tribunal de la República Federal Alemana (Estado en el que se administró el arbitraje), siendo el mismo desestimado. En el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia desestimatoria del recurso de anulación se planteó la cuestión prejudicial que está en la base de la Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2017.

Con arreglo al Derecho alemán (art. 1059.2 de la *Zivilprozessordnung*) el laudo arbitral solo es susceptible de anulación si se acredita la concurrencia de alguno de los motivos que el mismo contempla y entre los que se encuentran la nulidad del convenio arbitral con arreglo a la ley a la que las partes lo hayan sometido o que el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral sean contrarios al orden público.

El tribunal remitente resaltó que desde la adhesión de la República Eslovaca a la UE el acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones pasó a ser un tratado entre Estados miembros, debiéndose en caso de conflicto con las materias reguladas por el Derecho de la UE atribuir primacía a las disposiciones de este último sobre las del indicado acuerdo.

En su Sentencia el TJUE analiza conjuntamente las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas por el tribunal remitente y por cuya virtud se solicita que se aclare si los arts. 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de oponerse a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se haya comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

El TJUE entiende en su Sentencia que el art. 8 del acuerdo de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores celebrado entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos vulnera la autonomía del Derecho de la UE y que los arts. 267 y 344 TFUE han de interpretarse en el sentido de que “se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como

el artículo 8 del TBI, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”<sup>745</sup>.

Para el TJUE:

- Un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por ende, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el TJUE<sup>746</sup>.

- El Derecho de la UE se asienta sobre la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros los valores comunes que fundamentan la Unión y que recoge el art. 2 TUE, lo que implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los mismos en el respeto del Derecho de la Unión que los refleja, debiendo los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), asegurar su aplicación y respeto en sus respectivos territorios adoptando, con dicha finalidad, todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión<sup>747</sup>.

- El sistema jurisdiccional creado por los Tratados asegura la preservación de las características específicas y de la autonomía del Derecho de la UE y la coherencia y unidad de su interpretación, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia (art. 19 del TUE) garantizar su plena aplicación en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables, siendo la “piedra angular” de dicho sistema el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el art. 267 TFUE, pues garantiza la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía<sup>748</sup>.

Pues bien, sentadas las anteriores premisas, el TJUE ha entendido que el Derecho de la UE, en cuanto parte del derecho vigente en la República Eslovaca, resulta de aplicación para resolver la controversia existente entre *Achmea* y dicho Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el art. 8 del acuerdo de promoción y de protección recíproca

---

<sup>745</sup> Sentencia TJUE de 6 de marzo de 2018, aptdo. 60

<sup>746</sup> *Ibid.* Apto. 32.

<sup>747</sup> *Ibid.* Apto. 34.

<sup>748</sup> *Ibid.* Aptos. 35 a 37.

de inversiones exteriores celebrado entre el mismo y el Reino de los Países Bajos, pudiendo verse el tribunal arbitral previsto en el propio precepto “obligado, en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales”.

Sin embargo y según se expresa en la Sentencia, el tribunal arbitral previsto en el art. 8 del indicado acuerdo “no puede calificarse de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE y no está facultado por tanto para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia”<sup>749</sup>.

Por otra parte, el laudo emitido por dicho tribunal arbitral no está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial.

En este sentido y aunque el tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 del acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrado entre la República Federal Checa y Eslovaca y el Reino de los Países Bajos, pueda determinar su sede y, en consecuencia, el derecho aplicable al procedimiento que regula el control judicial de la validez del laudo que ponga fin a la controversia, lo cierto es que el tribunal al que competa realizar dicho control judicial únicamente podrá realizarlo en la medida en que lo permita el derecho nacional aplicable, resultando que la ley que regula dicho control circunscribe el mismo a la validez del convenio arbitral o al respeto del orden público con ocasión del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Y aunque en el arbitraje comercial se ha admitido por el TJUE que “el control de los laudos arbitrales por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia”, dichas consideraciones no son extrapolables a un arbitraje de inversiones, que no tiene su origen en la autonomía de la voluntad sino en un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen

---

<sup>749</sup> *Ibid.* Apto. 49.

a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el Derecho de la Unión obliga a establecer en los ámbitos cubiertos por el mismo, los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho, llegando a la conclusión de que los Estados miembros parte del acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones “han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho”<sup>750</sup>.

Pese a que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculen a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión, en el caso analizado por la Sentencia de 6 de marzo de 2018 “la posibilidad de someter los litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros”, lo que “puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE”, vulnerándose la autonomía del Derecho de la Unión.

Es obvio que la Sentencia de 6 de marzo de 2018 dictada por el TJUE en el asunto *República Eslovaca c. Achmea* tiene, en su condición de sentencia interpretativa del Derecho de la Unión, eficacia *erga omnes*<sup>751</sup> pudiendo la misma servir de fundamento para la anulación de los laudos dictados con base en acuerdos bilaterales de promoción y de protección de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE o para la denegación del reconocimiento y ejecución de los mismos por los tribunales nacionales de dichos Estados.

---

<sup>750</sup> *Ibid.* Aptos. 54 y 56.

<sup>751</sup> Sobre la eficacia de las sentencias del TJUE vid. NUÑEZ LOZANO, M.C., “La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales”, *Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2017, págs. 549-614.

Además, dicha Sentencia ha sido determinante del Acuerdo celebrado por 23 Estados miembros de la UE para la terminación de los tratados bilaterales de inversión celebrados entre ellos (DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020)<sup>752</sup>.

En cuanto a los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados contemplados en acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones de acuerdos comerciales celebrados por la UE o, en su caso, por Estados miembros de la UE con terceros Estados, los mismos no resultan afectados por la Sentencia dictada en el asunto *Achmea*.

Ese el caso, por ejemplo, del CETA, acuerdo de libre comercio celebrado entre la Unión Europea y Canadá y que contiene un capítulo de protección de inversiones en el que se prevé un sistema de tribunales de inversiones independiente, formado por un tribunal permanente y un tribunal de apelación.

En relación con dicho acuerdo, el Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019, del TJUE, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del CETA, en lo que atañe al mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados que el mismo instaura, se pronuncia, precisamente, sobre la compatibilidad de dicho mecanismo con el Derecho de la UE<sup>753</sup>.

Dicho dictamen se emite con arreglo a lo dispuesto en el art. 218.11 TFUE, precepto destinado a garantizar la compatibilidad de los acuerdos internacionales con los Tratados constitutivos de la UE.

Como señala el propio Dictamen, debe tenerse en cuenta que “los acuerdos internacionales celebrados por la Unión deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos” y que “la apreciación sobre la compatibilidad de un acuerdo con los Tratados puede depender no

---

<sup>752</sup> El instrumento de ratificación por España del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020, fue publicado en el BOE 226, de 21 de septiembre de 2021.

<sup>753</sup> IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2019), “Dictamen 1/17 del TJUE: la homologación del nuevo modelo de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS) impulsado por la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, número 70.

solo de disposiciones que se refieran a la competencia, al procedimiento o a la organización institucional de la Unión, sino también de disposiciones de Derecho material” (apdos. 165 y 167).

El CETA entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017<sup>754</sup>, si bien solo en aquellas partes que son competencia exclusiva de la UE y que, por tanto, no necesitan ser ratificadas por los Estados miembros<sup>755</sup>.

Entre las partes que no han entrado en vigor destacan, precisamente, las relativas a la protección de las inversiones y al nuevo tribunal de inversiones, materias sobre las que, precisamente, versa el Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia.

El referido Acuerdo contiene un capítulo en materia de inversiones (Capítulo 8) en el que se incluye un novedoso mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (Sección F, arts. 8.18 a 8.45) que difiere del tradicionalmente incluido en los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones o en los capítulos de protección de inversiones de otros acuerdos de libre comercio.

La indicada sección F del capítulo ocho del CETA establece un mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados basado en la creación, desde su entrada en vigor, de un tribunal de inversiones (art. 8.27) y de un tribunal de apelación (art. 8.28) y, con posterioridad, de un tribunal multilateral sobre inversiones provisto de un mecanismo de apelación conexo (art. 8.29) que ponga fin al funcionamiento del tribunal de inversiones y del tribunal de apelación.

El CETA prevé que al tiempo de su entrada en vigor el Comité Mixto que el mismo contempla nombre a quince miembros del tribunal de inversiones, independientes y debidamente cualificados, debiendo ser cinco de ellos nacionales de un Estado miembro de la Unión, otros cinco nacionales de Canadá y otros cinco nacionales de terceros países, siendo nombrados para un mandato de cinco años que puede renovarse por una sola vez. El tribunal considerará los asuntos en divisiones integradas por tres de sus miembros,

---

<sup>754</sup> Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (DO 2017, L 11, p. 1080).

<sup>755</sup> El Congreso de los Diputados de España lo ratificó el 18 de mayo de 2017.

debiendo uno de ellos ser nacional de un Estado miembro de la UE, otro de Canadá y otro (en el que recaerá la presidencia) de un tercer país (art. 8.27).

El expresado Comité Mixto debe decidir asimismo acerca de la composición y de los miembros del tribunal de apelación (art. 8.28).

En cuanto al Derecho aplicable, el art. 8.31 del CETA establece que el tribunal “aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes”, careciendo de competencia para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del CETA “de conformidad con el Derecho interno de una Parte”. No obstante, “al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho”, debiendo seguir la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, aunque “cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”.

De surgir problemas graves acerca de cuestiones de interpretación que puedan afectar a inversiones cubiertas por el Acuerdo, el Comité de Servicios e Inversión podrá recomendar al Comité Mixto que adopte “interpretaciones” del mismo que serán vinculantes para el tribunal de inversiones.

Las decisiones del tribunal de inversiones pueden ser recurridas ante el tribunal de apelación. En este sentido, el art. 8.28, aptdo. 2, del CETA dispone que “el tribunal de apelación podrá confirmar, modificar o revocar un laudo del tribunal” sobre la base de a) errores en la aplicación o interpretación del Derecho aplicable; b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente; c) los motivos contemplados en el art. 52, aptdo. 1, letras a) a e), del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones de 18 de marzo de 1965 (Convenio del CIADI) en la medida en que no estén contemplados en las letras a) y b).

El sistema de solución de controversias entre inversores y Estados contemplado en el CETA es, por lo tanto, novedoso al contemplar tanto un tribunal permanente formado por jueces como un mecanismo de apelación de las decisiones que adopte.



En palabras del Instrumento Interpretativo Conjunto suscrito por la UE y sus Estados miembros y por Canadá con ocasión de la firma del CETA (punto 6, aptdos. f) y g)):

“f) El AECG se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...).

g) El AECG constituye el primer acuerdo que incluye un mecanismo de recurso que permitirá corregir errores y garantizar la coherencia de las decisiones del tribunal de primera instancia”.

El TJUE analiza en su Dictamen 1/17, entre otras cuestiones, las relativas a, por una parte, la compatibilidad del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados previsto en el CETA con la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE y, por otra, a la compatibilidad de dicho mecanismo con el principio general de igualdad de trato y con la exigencia de efectividad.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia parte de reconocer que “un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la Unión es, en principio, compatible con el Derecho de la Unión” (aptdo. 106) y que los celebrados por la misma pueden incidir en las competencias de sus instituciones “siempre que, no obstante, se cumplan los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de esas competencias y, por lo tanto, no se vulnere la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión” (aptdo. 107).

La preservación de las características específicas del Derecho de la Unión y de su autonomía corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia (art. 19 TUE), teniendo este último la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho a través del procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE (aptdo. 111).

Que el tribunal de inversiones y el tribunal de apelación del CETA no formen parte del sistema jurisdiccional de ninguna de las Partes de dicho acuerdo, a juicio del Tribunal

de Justicia, “no significa, en sí mismo, que dicho mecanismo vulnere la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión” (aptdo. 115).

Para dicho tribunal, el Derecho de la UE no se opone al mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados contemplado en el capítulo ocho, sección F, del CETA ni a que se atribuya a los mismos la competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de dicho acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes.

Sin embargo y dado que dichos tribunales no pertenecen al sistema jurisdiccional de la Unión, “no pueden estar facultados para interpretar o aplicar disposiciones del Derecho de la Unión distintas de las del CETA ni para dictar laudos que puedan tener como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de ésta” (aptdo. 118).

En la medida en que el tribunal del CETA debe aplicar el mismo “interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes” y “no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte” (aptdo. 121), el Tribunal de Justicia entiende que el capítulo ocho, sección F, del CETA “no atribuye a los tribunales cuya creación prevé ninguna competencia de interpretación o de aplicación del Derecho de la Unión que no sea la relativa a las disposiciones de dicho Acuerdo” (aptdo. 136).

No obsta a la anterior conclusión (no vulneración de la autonomía del Derecho de la UE) el que el art. 8.31, aptdo. 2, del CETA establezca que “al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho”, debiendo seguir, de hacerlo, la “interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte” y sin vincular su interpretación a los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte (aptdo. 130).

A continuación, el Tribunal de Justicia analiza la posible vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión desde la perspectiva que ofrece el hecho de atribuirse a los tribunales que crea el CETA la facultad de enjuiciar la conformidad de aquel

Derecho con las previsiones que el mismo contempla (como, por ejemplo, la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte o la prohibición de las expropiaciones indirectas).

A juicio de algunos de los gobiernos “el Tribunal del CETA podría pronunciarse sobre actos del Derecho derivado de la Unión sobre la base de apreciaciones paralelas a las que el Tribunal de Justicia está facultado para realizar”, que “llevarían a decisiones definitivas vinculantes para la Unión”, lo que podría vulnerar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia en la interpretación definitiva del Derecho de la Unión y, de este modo, la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión (aptdo. 138).

El Tribunal de Justicia, partiendo de que el art. 8.25, aptdo. 1 del CETA contempla el consentimiento del demandado -sea el Estado miembro de acogida de la inversión o la propia UE - para que una “diferencia” sobre cualquier “medida” (que, de conformidad con el art. 1.1 del propio acuerdo incluye “una ley, un reglamento, una norma, un procedimiento, una decisión, una acción administrativa, un requisito, prácticas o cualquier otro tipo de medida adoptada por una Parte”) que se refiera a una “inversión cubierta” de conformidad con el art. 8.1 del mismo o al “inversor de la otra Parte” sea resuelta por el tribunal del CETA (Aptdo. 142), señala que dicho tribunal únicamente puede “condenar, en virtud del citado artículo 8.39, apartado 1, letra a), a la Parte demandada a abonar al inversor demandante una cantidad que compense los daños sufridos por este debido a dicha infracción y que incluya el interés aplicable”, más no anular la medida impugnada, exigir la adecuación del Derecho interno de la parte afectada o imponer una sanción a la misma (aptdo. 144).

Para el Tribunal de Justicia, “sin perjuicio de los supuestos en que las Partes hayan convenido, en el marco del CETA, aproximar sus legislaciones, la competencia de esos tribunales vulneraría la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión si estuviera concebida de modo que estos pudieran, al apreciar las restricciones a la libertad de empresa mencionadas en una demanda, cuestionar el nivel de protección del interés público que haya motivado el establecimiento por la Unión de esas restricciones respecto al conjunto de operadores que invierten en el sector comercial o industrial de que se trate del mercado interior, en vez de limitarse a comprobar si el trato dado a un inversor o a una inversión cubierta adolece de alguno de los vicios mencionados en el capítulo ocho, sección C o D, del CETA” (aptdo. 148).

Y es que si los tribunales del CETA pudieran dictar laudos en los que se declarara incompatible con dicho acuerdo el trato a un inversor canadiense debido al nivel de protección de un interés público fijado por las instituciones de la Unión, “cabría la posibilidad de que esta renunciara a lograr ese nivel de protección para no verse obligada de modo reiterado por el Tribunal del CETA a abonar indemnizaciones al inversor demandante” (Aptdo. 149) o “tuviera que modificar o retirar una normativa debido a la apreciación realizada por un tribunal que no pertenece a su sistema jurisdiccional acerca del nivel de protección de un interés público establecido, conforme al marco constitucional de la Unión, por las instituciones de esta” (aptdo. 150), ello “comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional”.

Sin embargo, entiende el Tribunal de Justicia que dicho compromiso no tiene lugar atendido el conjunto de preceptos del CETA que salvaguardan el derecho de las Partes para proteger sus respectivos intereses públicos.

En el anterior sentido se señala que:

- El art. 28.3, aptdo. 2 del CETA -que prevé que las disposiciones de su sección C no pueden interpretarse de modo que impidan que cualquiera de las Partes adopte o haga cumplir las medidas necesarias para proteger la seguridad pública o la moral pública, para mantener el orden público, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, con la sola condición de que tales medidas no se apliquen de forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio entre las Partes- permite entender que “el Tribunal del CETA no será competente para declarar que el nivel de protección de un interés público establecido por las medidas de la Unión” anteriormente indicadas “es incompatible con el CETA ni para condenar, sobre esta base, a la Unión al pago de indemnizaciones” (aptdos. 152 y 153).
- El art. 8.9, aptdo. 1, del CETA -que tratándose de la competencia de los tribunales creados por dicho acuerdo para declarar la existencia de infracciones a las obligaciones establecidas en la sección D del capítulo ocho del mismo contempla el derecho de la Partes a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente,

la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural-, el art. 8.9, aptdo. 2 del mismo -que, para mayor seguridad, señala que el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección- y el punto 1, letra d), y el punto 2 del instrumento interpretativo conjunto -que disponen que el CETA no rebajará las normas y reglamentaciones de cada Parte relacionadas con la seguridad de los alimentos, la seguridad de los productos, la protección de los consumidores, la sanidad, el medio ambiente o la protección laboral, que las mercancías importadas, los proveedores de servicios y los inversores deben seguir respetando los requisitos nacionales, en particular las normas y reglamentaciones, y que el CETA preserva la capacidad de la UE y sus Estados miembros y de Canadá para adoptar y aplicar sus propias leyes y reglamentos que regulan la actividad económica en aras del interés público- permiten entender que “la facultad de apreciación del Tribunal y del Tribunal de Apelación del CETA no les permite cuestionar el nivel de protección de un interés público definido por la Unión a raíz de un procedimiento democrático” (aptos. 154 a 156).

- El punto 3 del anexo 8-A del CETA -que, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, entiende que las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta- permite llegar a una conclusión similar (aptdo. 157).
- El art. 8.10 aptdo. 2 del CETA -que delimita la competencia del tribunal del CETA para declarar la existencia de infracciones a la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones cubiertas enumerando exhaustivamente los supuestos en los que cabe hacer dicha declaración, supuestos relativos a situaciones de trato abusivo, trato arbitrario manifiesto y discriminación específica- permite entender que “el nivel exigido de protección de un interés público, tal como se concreta tras un procedimiento democrático, no está comprendido en la competencia de que disponen los tribunales previstos para

comprobar si un trato dado por una Parte a un inversor o a una inversión cubierta es «justo y equitativo» (aptdos. 158 y 159).

Concretamente, entiende el Tribunal que “del conjunto de esas cláusulas contenidas en el CETA se desprende que, al delimitar expresamente el alcance del capítulo ocho, secciones C y D, de ese Acuerdo, que son las únicas secciones que pueden invocarse ante los tribunales previstos por la sección F de dicho capítulo, las Partes se han ocupado de excluir que esos tribunales tengan competencia para cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una Parte en materia, en particular, de nivel de protección del orden público, de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales, de la seguridad alimentaria, de los vegetales, del medio ambiente, del bienestar en el trabajo, de la seguridad de los productos, de los consumidores o incluso de los derechos fundamentales”, siendo posible afirmar que “el capítulo ocho, sección F, del CETA no vulnera la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión” (aptdos. 160 y 161).

En cuanto a la segunda cuestión, debe partirse de que el mecanismo de solución de diferencias relativas a inversiones extranjeras que el CETA contempla únicamente su utilización por los inversores extranjeros (dicho mecanismo no puede ser utilizado por las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión y sujetas al Derecho de ésta; las empresas y personas físicas canadienses que invierten en el mismo sector comercial o industrial del mercado interior de la Unión pueden, sin embargo, impugnar esas medidas ante los tribunales contemplados en el Acuerdo).

Para analizar esta cuestión, el Tribunal parte de que el art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza la igualdad ante la ley y de que su art. 21.2 prohíbe cualquier discriminación basada en la nacionalidad.

El Tribunal de Justicia, después de afirmar que los acuerdos internacionales celebrados por la UE deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos (aptdo. 165) y que la Carta “tiene el mismo valor jurídico que los Tratados” (aptdo. 167), indica que el art. 21.2 de la Carta, según las explicaciones relativas a la Carta (DO 2007, C 303, p. 17), se corresponde con el art. 18 TFUE, párrafo primero, precepto que no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros y nacionales de

Estados terceros (sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze*, C-22/08 y C-23/08, aptdo. 52) (aptdo. 170).

En cuanto al principio de igualdad ante la ley de todas las personas contemplado en el art. 20 de la Carta, el Tribunal indica que “no establece ninguna limitación expresa de su ámbito de aplicación y se aplica por tanto en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, como las incluidas en el ámbito de aplicación de un acuerdo internacional celebrado por esta” (aptdo. 171). El derecho fundamental previsto en el art. 20 de la Carta “se extiende a todas las personas cuya situación esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, independientemente de su origen” (aptdo. 172) si bien “no obliga a la Unión a otorgar, en sus relaciones exteriores, un trato igual a los distintos Estados terceros” (aptdo. 173, con cita de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Swiss International Air Lines*, C-272/15, aptdos. 24 a 26).

Teniendo en cuenta que la igualdad ante la ley y su corolario el principio de igualdad de trato exigen que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado, el Tribunal considera que “siempre y cuando las situaciones no sean comparables, una diferencia de trato de las situaciones de que se trate no vulnera la igualdad ante la ley establecida en el artículo 20 de la Carta” (aptdo. 177, con cita de la sentencia de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, C-356/12, aptdo. 84).

El Tribunal entiende que, si bien las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la UE se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, “su situación no es comparable”, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión (aptdo. 180).

La posibilidad que tienen las primeras de invocar el CETA ante los tribunales previstos en el mismo “tiene como finalidad proporcionar a esas personas canadienses, en su calidad de inversores extranjeros, una vía específica de recurso contra las medidas de la Unión, mientras que las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que, al igual que esas personas canadienses, invierten en la Unión no son inversores extranjeros y no tendrán, por tanto, acceso a esa vía específica de recurso” ni podrán invocar directamente las normas contenidas en el CETA ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la Unión (aptdo. 181).

En el anterior sentido, el art. 30.6 del CETA prevé en su aptdo. 1 que “ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará (...) en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes”.

Por último, debe analizarse si la Sentencia de 6 de marzo de 2018 dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Achmea* tiene o no efectos sobre los acuerdos multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de los que sean parte dos o más Estados miembros de la UE (como, por ejemplo, el TCE) en la medida en que contemplan mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados que no garantizan la autonomía del Derecho de la Unión.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 19 de julio de 2018 sobre la protección de las inversiones intra-EU aclara las implicaciones que, a juicio de la Comisión Europea y en línea con la política desplegada por dicha institución en los últimos años, se derivan de la Sentencia *Achmea*.

Para la Comisión Europea, el TJUE ha declarado incompatible con el Derecho de la UE el sistema de arbitraje de inversiones contemplado en los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados entre Estados miembros.

Además, para la Comisión la Sentencia de 6 de marzo de 2018 en el asunto *Achmea* confirma la inviabilidad del arbitraje de inversiones cuando se trata de inversiones intra-UE fundamentadas en el TCE.

Para dicha institución, el art. 26 del TCE, en cuanto contempla un sistema de solución de controversias entre inversores y estados, “correctamente interpretada, (...) no prevé una cláusula arbitral entre inversor y Estado aplicable entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE”, atendida la primacía del Derecho de la Unión, pudiendo extrapolarse el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia del caso *Achmea* (circunscrito a los tratados bilaterales) al TCE, sin que a lo anterior se oponga el hecho de que la propia Unión Europea sea parte de dicho Tratado, pues su participación en el mismo “solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE”.

Para la Comisión Europea la Sentencia *Achmea* no hace sino confirmar el criterio mantenido por la misma según el cual los acuerdos de promoción y de protección



recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE constituyen un “sistema paralelo” que se solapa con las reglas del Mercado Único.

Dicho sistema, a su juicio, entra en conflicto con el principio de no discriminación entre los inversores de la UE dentro de dicho mercado confiriendo derechos únicamente a los inversores de determinados Estados miembros de la UE sobre la base de la celebración de acuerdos bilaterales, acuerdos que, adicionalmente, pueden poner las bases para el otorgamiento de ayudas de estado ilegales, y atribuye el conocimiento de las controversias que puedan implicar la aplicación del Derecho de la UE a tribunales arbitrales privados que no tienen la condición de órganos estatales, que quedan extra muros de los mecanismos de resolución de controversias contemplados en el TFUE y que no permiten una aplicación correcta y uniforme de dicho Derecho, al no poder plantear dichos tribunales cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Adicionalmente, para la Comisión Europea, “el sistema jurídico de la UE protege a los inversores transfronterizos en el mercado único, a la vez que garantiza que se tengan debidamente en cuenta otros intereses legítimos”. Dichos inversores, cuando ejercen una de las libertades fundamentales, se benefician de la protección concedida por las normas del Tratado por las que se establecen esas libertades, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los principios generales del Derecho de la Unión y la amplia legislación sectorial en ámbitos muy diversos.

Para la misma, “la legislación de la UE protege el acceso al mercado, la actividad en el mercado y la salida del mercado” por los inversores, afirmando, concretamente, que protege a los mismos, “en general, frente a medidas públicas que podrían privarlos del uso de su propiedad o limitar la actividad empresarial que han puesto en marcha, aunque esas medidas se apliquen de la misma manera a los operadores nacionales”.

En línea con la anterior Comunicación, la Declaración de 15 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea sobre las consecuencias legales de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Achmea* y la protección de inversiones en la Unión Europea<sup>756</sup> afirma que:

---

<sup>756</sup> En puridad se trata de tres declaraciones diferentes. La principal de ellas, que es la que es objeto de análisis, ha sido suscrita por veintidós de los veintiocho Estados miembros de la UE. Vid. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf)

- El Derecho de la UE prevalece sobre los acuerdos bilaterales de inversiones celebrados entre Estados miembros de la Unión, siendo las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados contenidas en dichos acuerdos contrarias a dicho Derecho y, por ello, inaplicables, y careciendo de jurisdicción los tribunales arbitrales que puedan establecerse a su amparo debido a la falta de una oferta válida de arbitraje del Estado miembro parte del acuerdo bilateral en cuestión.

- El mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados contemplado en el TCE es, en la medida en que se entienda aplicable entre los Estados miembros (como hacen los tribunales arbitrales), incompatible con los tratados constitutivos de la UE y debería inaplicarse (*“Arbitral tribunals have interpreted the ECT as also containing an investor-State arbitration clause applicable between Member States. Interpreted in such a manner, that clause would be incompatible with the EU Treaties and thus would have to be disapplied”*).

- Cuando un inversor de un Estado miembro de la UE ejercita alguna de las libertades fundamentales y, particularmente, la libertad de establecimiento o de movimiento de capitales, actúa dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y disfruta de la protección que dispensan dichas libertades y, en su caso, el Derecho derivado relevante, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los principios generales del Derecho de la Unión, incluidos los de no discriminación, proporcionalidad, seguridad jurídica y protección de las expectativas legítimas, de forma que si un Estado miembro aprueba una medida que implique una derogación de alguna de las libertades fundamentales que garantiza el Derecho de la Unión, dicha medida cae dentro del ámbito de dicho Derecho, debiendo aplicarse los derechos fundamentales garantizados por la Carta y estando los Estados miembros obligados a ofrecer mecanismos legales suficientes para garantizar una protección jurídica efectiva de los derechos de los inversores bajo el Derecho de la Unión.

---

Por su parte, el día 16 de enero de 2019 cinco Estados miembros (Suecia, Finlandia, Luxemburgo, Eslovenia y Malta) suscribieron una declaración separada en la que evitaron tomar una posición acerca de la situación del TCE al tratarse de una cuestión litigiosa de la que estaban conociendo los tribunales nacionales. La misma puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>

Por último, el día 16 de enero de 2019 Hungría hizo una declaración separada en la que se afirma que la sentencia *Achmea* afecta únicamente a los acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre Estados miembros de la UE y guarda silencio sobre la cláusula de arbitraje entre inversores y Estados contenida en el TCE. La declaración puede consultarse a través del enlace <https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>

Además de las anteriores declaraciones, los Estados miembros asumen el desarrollo inmediato de diversas acciones:

- Informar a los tribunales arbitrales de inversión, por virtud de la Declaración misma, acerca de las consecuencias legales de la Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* en todos los procedimientos de arbitraje de inversiones entre Estados miembros de la Unión pendientes y tramitados ora al amparo de acuerdos bilaterales celebrados por los mismos ora al amparo del TCE.

- Informar a los tribunales arbitrales de inversión, por virtud de la Declaración misma, acerca de la improcedencia de iniciar nuevos procedimientos arbitrales de inversiones intra-UE.

- Informar los Estados concretamente demandados a los tribunales arbitrales acerca de las consecuencias legales de la Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* y requerir a los mismos la anulación de los laudos o su inejecución debido a falta de consentimiento válido.

- Adoptar los Estados miembros cuyas empresas hayan iniciado procedimientos de arbitraje de inversiones frente a otro Estado miembro medidas conformes con el Derecho de la UE que propicien que dichas empresas desistan de los procedimientos iniciados.

- Garantizar los Estados miembros la protección legal efectiva, bajo el control del TJUE, frente a las medidas estatales objeto de procedimientos de arbitraje de inversiones intra-UE pendientes, de forma que se cumpla lo establecido en el art. 19.1 TUE (obligación de los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión).

- Terminar los Estados miembros todos los acuerdos bilaterales de inversiones por ellos celebrados mediante un acuerdo multilateral o, se resultar más expeditivo, bilateralmente, siendo la fecha de referencia para ello el 6 de diciembre de 2019.

- No recurrir los laudos arbitrales dictados en procedimientos de arbitraje de inversiones intra-UE que no puedan ser objeto de anulación y que hayan sido voluntariamente cumplidos o ejecutados con carácter definitivo

En línea con la anterior Declaración, la Comisión Europea ha intervenido *amicus curiae* en procedimientos de arbitraje de inversiones seguidos frente a un Estado miembro de la UE por inversores de otro Estado miembro, incluso al amparo del TCE.

En ese sentido, destacan las observaciones realizadas por la Comisión Europea en el marco del procedimiento de ejecución del laudo del asunto *Eiser c. España* ante los tribunales estadounidenses, observaciones que se entiende constituyen “*the official position of the European Union on the matter*”<sup>757</sup>.

Para la Comisión Europea el tribunal que conoce de dicho procedimiento carece de jurisdicción por tres razones.

En primer lugar, porque las normas sobre interpretación de los tratados del Derecho internacional consuetudinario permiten llegar a la conclusión de que el TCE no resulta de aplicación a las inversiones que un inversor de un Estado miembro de la UE realice en otro Estado miembro, al realizarse dentro del mismo “territorio”<sup>758</sup>. Para la Comisión Europea, el TCE no pretende obligar a los Estados Miembros de la UE *inter se* siendo un instrumento al servicio de la política exterior de la Unión<sup>759</sup>.

Segundo, porque incluso en el supuesto de que dichas inversiones estuvieran amparadas por el TCE el mecanismo de solución de controversias que aquél contempla en su art. 26 sería incompatible con los Tratados constitutivos de la UE y con los principios fundamentales del Derecho de la Unión, debiendo la incompatibilidad resolverse con arreglo al Derecho internacional a favor del Derecho de la Unión y resultando que España no habría realizado oferta válida de arbitraje alguna a inversores de otros Estados miembros de la UE.

Y, tercero, porque la controversia planteada ante los tribunales de Estados Unidos carece de conexión alguna con dicho país (las partes son europeas, los hechos sucedieron en la UE, no hay propiedades estadounidenses afectadas), no teniendo el mismo interés alguno en que la controversia se dirima en sus tribunales, más aún si se tiene en cuenta

---

<sup>757</sup> *Proposed brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain*. Puede consultarse en [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10464\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10464_0.pdf)

<sup>758</sup> El TCE define en su art. 1 “territorio” a efectos de la aplicación de sus previsiones tanto sustantivas como procedimentales. Tratándose de un Estado que sea Parte Contratante como el territorio sobre el que ésta ejerza su soberanía, entendiéndose por territorio el suelo, las aguas interiores y el mar territorial, y de conformidad con el Derecho Marítimo Internacional, el mar, el lecho marino y su subsuelo, sobre los que la Parte Contratante ejerza derechos de soberanía y jurisdicción. No obstante y tratándose de una Organización Regional de Integración Económica que sea Parte Contratante, el término “territorio” “abarcará los “territorios” de los Estados miembros de dicha organización, con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo por el que se crea tal organización”.

<sup>759</sup> *Proposed brief ... Op cit.* Págs. 12 a 14.

que la Comisión Europea, en cuanto autoridad competente en materia de Derecho europeo de la competencia, ha adoptado una decisión prohibiendo a España satisfacer cantidad alguna en ejecución del laudo<sup>760</sup>. Todo lo relativo a la compatibilidad de los mecanismos de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados y el Derecho de la UE y a la conformidad con el Derecho europeo de la competencia de los pagos a que pueda dar lugar la ejecución de los laudos arbitrales debe decidirse en el marco del sistema judicial de la UE.

En cuanto a la terminación de los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE, ha de destacarse el Acuerdo celebrado con dicha finalidad por 23 de dichos Estados Miembros<sup>761</sup>.

Dicho Acuerdo parte de que, tal y como ha señalado el TJUE<sup>762</sup>, las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros no pueden aplicarse en las relaciones entre esos dos Estados si se constata que son contrarias a los Tratados de la UE, siendo contrarias a dichos tratados las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados contenidas en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la UE<sup>763</sup>, lo que se entiende sin perjuicio de la cuestión de la compatibilidad de las disposiciones sustantivas de los tratados bilaterales de inversión intra-UE con los Tratados de la UE;

Sin perjuicio de que algunos de dichos acuerdos bilaterales ya habían sido denunciados con anterioridad, el Acuerdo prevé la terminación de los tratados bilaterales de inversión enumerados en su anexo A, incluidas sus cláusulas de remanencia, y la

---

<sup>760</sup> Decisión C (2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017. En la misma, la Comisión Europea recalca que cualquier compensación que pueda reconocer un tribunal arbitral a un inversor sobre la base de la modificación por España del esquema de retribución primado de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnología renovable constituye en sí misma una ayuda de estado, no siendo dicho tribunal arbitral, sino la Comisión, la institución competente para autorizarla, debiendo dicha compensación ser oportunamente notificada a la misma a efectos de su autorización y manteniéndose en el ínterin el *statu quo*. La Decisión forma parte del Derecho de la Unión y solo es recurrible ante los tribunales europeos. Vid. [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/258770/258770\\_1945237\\_333\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf) aptdos. 165 y 166

<sup>761</sup> Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en esa misma ciudad y fecha. DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020.

<sup>762</sup> Sentencia TJUE de 8 de septiembre de 2009, asunto C-478/07, *Budějovický Budvar*.

<sup>763</sup> El acuerdo no resulta de aplicación a los procedimientos intra-UE basados en el artículo 26 TCE, si bien se indica que la UE y sus Estados miembros “tratarán este asunto con posterioridad”.

terminación de las cláusulas de remanencia de los tratados bilaterales de inversión enumerados en el anexo B.

Cuando las Partes Contratantes del Acuerdo sean Partes en tratados bilaterales de inversión sobre cuya base se hayan iniciado procedimientos de arbitraje pendientes o nuevos procedimientos de arbitraje<sup>764</sup>, deberán mediante cooperación mutua informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea* y cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un tratado bilateral de inversión, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir<sup>765</sup>.

Además, se prevé la posibilidad de que el inversor pueda acceder en determinados plazos a los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional contra toda medida impugnada en un procedimiento de arbitraje pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado siempre que renuncie al procedimiento de arbitraje pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del pertinente tratado bilateral de inversión o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado, pero aún no ejecutado definitivamente, y se comprometa a abstenerse de iniciar un nuevo procedimiento de arbitraje.

---

<sup>764</sup> La sentencia TJUE de 26 de octubre de 2021 en el asunto C-109/20, *República de Polonia c. PL Holdings, Sàrl* analiza la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Högsta domstolen (Tribunal Supremo de Suecia) en relación con la posible suscripción por un Estado miembro de la Unión Europea de un convenio arbitral *ad hoc* análogo al que resulta de un tratado bilateral de inversión y afirma (aptdo. 47) que “permitir que un Estado miembro que es parte en un litigio que puede referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión someta ese litigio a un organismo de arbitraje con las mismas características que el previsto por una cláusula arbitral nula recogida en un acuerdo internacional como el mencionado en el apartado 44 de la presente sentencia, mediante la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* del mismo contenido que dicha cláusula, supondría en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, y de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, tal como fueron interpretados en la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*”.

<sup>765</sup> La sentencia TJUE de 26 de octubre de 2021, ya citada, señala (aptdo. 52) que tanto de la Sentencia *Achmea* como de los principios de primacía del Derecho de la Unión y de cooperación leal se deriva que “los Estados miembros no solo no pueden comprometerse a sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión los litigios que puedan referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, sino también que, cuando un litigio de ese tipo se plantea ante un organismo de arbitraje en virtud de un compromiso contrario a dicho Derecho, están obligados a impugnar, ante ese organismo de arbitraje o ante el órgano jurisdiccional competente, la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral *ad hoc* en virtud de los cuales dicho organismo conozca del litigio”.

## **8.5. Relación entre el Derecho español y el Derecho internacional de inversiones**

Como señala la Constitución (art. 96.1), los tratados internacionales, una vez publicados en el BOE, “formarán parte del ordenamiento interno”. Dicho precepto no hace sino incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la regulación contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 que establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26) y que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27).

Los tratados bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio celebrados por España obligan a nuestro país a dispensar a los inversores extranjeros y a las inversiones que en él realizan los mismos un tratamiento ajustado a determinados estándares y a solucionar las controversias que puedan surgir respecto de dichas inversiones con arreglo a los mecanismos en ellos contemplados. Dichos estándares y mecanismos difieren de los previstos en el Derecho nacional y que se encuentran a disposición de la generalidad de los inversores.

Formando parte dichos tratados y acuerdos internacionales de nuestro ordenamiento jurídico desde el momento de su publicación en el BOE, todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán “velar por el adecuado cumplimiento” de los mismos y “respetar las obligaciones” en ellos contenidas (art. 29 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Es más, los mismos “serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes” (art. 30 de la propia Ley) de forma que, siempre que su naturaleza lo permita, pueden crear derechos y obligaciones para los particulares sin necesidad de norma interna alguna que los desarrolle.

Los tratados internacionales deben ser, en principio, conformes con la Constitución.

El art. 95 de la Carta Magna dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, pudiendo el Gobierno o cualquiera de las Cámaras “requerir al Tribunal

Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción". La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, contempla el control previo de constitucionalidad de los tratados en su art. 78.1, control del que se ha hecho uso en dos ocasiones (Declaraciones 1/1992, de 1 de julio y 1/2004, de 13 de diciembre).

Teóricamente, resulta posible asimismo el control sucesivo de la constitucionalidad de los Tratados a través tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad.

El art. 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, frontispicio de su Título II sobre los "procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", contempla en su aptdo. 2.c) los tratados internacionales entre los posibles objetos de dichos procedimientos.

No obstante, la declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional que pudiera hacer el Tribunal Constitucional con posterioridad a su publicación en el BOE no podría ir acompañada de la de su nulidad (efecto que el art. 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional anuda a las sentencias estimatorias en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad), dado que dicho tribunal carece de competencia para enjuiciar la validez de los tratados internacionales, que únicamente pueden ser modificados, suspendidos o derogados en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional<sup>766</sup> (según establece el propio art. 96.1 CE o el art. 28.1 de la Ley 25/2014).

La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional, por lo tanto, no puede ser otra que su inaplicación (si bien ésta hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional<sup>767</sup>).

La contradicción existente entre el art. 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el art. 96.1 CE debe resolverse, obviamente, a favor del precepto constitucional, quedando seriamente cuestionada la posibilidad de llevar a la práctica un control sobrevenido de la constitucionalidad de los tratados internacionales

---

<sup>766</sup> Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. El instrumento de adhesión de España a dicha Convención, de 2 de mayo de 1972, fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980.

<sup>767</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de señalar que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (art. 26) indica en su art. 27, respecto de la relación de los tratados internacionales con el Derecho interno, que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".



celebrados por España con el alcance antedicho, lo que se entiende sin perjuicio de que detectada una posible antinomia entre la Constitución y un tratado internacional deba ponerse en marcha el procedimiento para la denuncia de este último.

No obstante la posición supralegal atribuida a los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico y la “inescindible consecuencia de llevar a la práctica (mediante el llamado control de convencionalidad) dicho valor mediante la aplicación judicial de la norma internacional con desplazamiento de la norma nacional, señaladamente cuando la primera recoja un estándar más favorable”<sup>768</sup>, la validez de las leyes no se condiciona a que sean conformes con aquéllos.

La antinomia entre tratado internacional y ley está, en principio, excluida toda vez que “la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratado o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en los siguientes casos: (...) e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución” (art. 94.1 CE).

Sin embargo, dicha falta de conformidad resulta posible en la práctica.

El control de convencionalidad concentrado por el Tribunal Constitucional no resulta posible en la medida en que el canon de enjuiciamiento que dicho tribunal debe emplear, según establece el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, viene constituido por la Constitución y las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas (el denominado “bloque de la constitucionalidad”).

El Tribunal Constitucional ha considerado que el examen de la supuesta contradicción entre los tratados internacionales y las leyes no le corresponde<sup>769</sup>.

Para el mismo, “la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no corresponde resolver a este Tribunal (STC 211/1988) en tanto que la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional

---

<sup>768</sup> JIMENA QUESADA, L. (2019), “La internacionalización de la Carta Magna Española de 1978: Signo de madurez constitucional”, *UNED. Revista de Derecho Político*, nº 101, pág. 834.

<sup>769</sup> STC 49/1988, de 22 de marzo, F.J. 14º.

que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución (STC 178/1988)<sup>770</sup>, si bien “ello no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional alguna”, toda vez que, “como ya se dijo en la STC 90/1990, este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podría producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 23/1987) o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo (STC 50/1984 y ATC 254/1982)”<sup>771</sup>.

Con arreglo a la anterior doctrina<sup>772</sup>, los juzgados y tribunales de la Jurisdicción ordinaria deberían poder inaplicar las leyes contrarias a los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento jurídico español (como es el caso, por ejemplo, de la CEDH o del TCE).

En su Memoria anual de 1997 el Consejo de Estado tuvo ocasión de referirse al control de convencionalidad en los siguientes términos:

“En las consultas sobre proyectos legislativos el Consejo de Estado sustituye su tradicional examen de legalidad del texto reglamentario por un doble control o examen de constitucionalidad y de “convencionalidad”. Estas verificaciones se realizan también en materia reglamentaria, pero en materia legislativa se hace con mayor meticulosidad (...) Al examinarlos anteproyectos legislativos, el Consejo de Estado realiza además lo que se ha venido llamando “control de convencionalidad”. Es enteramente aplicable aquí la conclusión a la que ha llegado la doctrina francesa respecto a su *Conséil d'État*: desde que es consultado de un anteproyecto de ley, el Consejo de Estado debe sistemáticamente plantearse la cuestión de saber si ese proyecto es compatible con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional (...) En esta materia el Consejo de Estado se mueve con un mayor margen creativo, que en la materia constitucional, dado lo limitado de la intervención del Tribunal Constitucional en materia de Tratados

---

<sup>770</sup> STC 180/1993, de 31 de mayo, F.J. 3º.

<sup>771</sup> *Ibid.* F.J. 4º.

<sup>772</sup> Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al art. 96.1 CE vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2018), “Artículo 96”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS, M.E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, BOE/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, págs. 364 y ss.

internacionales (art. 95 CE) y su rechazo a controlar el respeto de los compromisos internacionales y del Derecho comunitario”.

Más allá de la posición supralegal de los tratados internacionales (art. 96.1 CE), lo cierto es que el “control de convencionalidad” de las leyes aparece como una herramienta de particular utilidad para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico.

La STC 270/2015, de 17 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado frente al Real Decreto-Ley 9/2013, analiza la posible vulneración del principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 3 CE), en la medida en que los preceptos impugnados contravendrían lo dispuesto en los arts. 10 y 13 del TCE.

El Tribunal Constitucional rechaza la existencia de la contravención denunciada sobre la base de considerar, primero, que los tratados internacionales no constituyen *per se* parámetros de enjuiciamiento de la inconstitucionalidad de las leyes:

“[E]ste Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues “la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14 in fine), sino que como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan” (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4)”. En suma, “no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad” (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3)”<sup>773</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional rechaza la invocación del principio de jerarquía normativa como canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma con rango de ley, toda vez que la cuestión de la jerarquía normativa es, precisamente, la que se plantea en todo procedimientos de inconstitucionalidad, y entiende que lo que pretende el recurrente es plantear un problema sobre el sistema de fuentes sin alegar nada acerca de la posible contradicción entre el TCE y las normas cuya constitucionalidad se

---

<sup>773</sup> STC 270/2015, de 17 de diciembre, F.J. 6º.

discute y de los efectos que la misma podría tener en sede de enjuiciamiento constitucional:

“[T]ampoco la incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico interno, tras su ratificación y publicación oficial, determina —como pretenden los recurrentes—, la supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa, puesto que la “garantía de la jerarquía normativa proscrib[e] que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley” (SSTC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2, y 198/2012, de 26 de noviembre, FJ 2)”.

Si bien es cierto que la Carta de la energía contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad es una cuestión relacionada con el sistema de fuentes, en particular con el principio de jerarquía normativa. En modo alguno se argumenta sobre el fondo del asunto, esto es, de qué forma las normas que cuestiona contravendrían las reglas del Tratado y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias de dicha contravención, a efectos de su enjuiciamiento en sede constitucional. Por eso no se ha levantado la carga alegatoria que pesa sobre quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, pues el recurso carece en este punto de la mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que el recurrente considera que la norma legal impugnada infringe la Constitución. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, afirmando posteriormente que “el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...”, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden

constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal”<sup>774</sup>.

La negativa del Tribunal Constitucional a realizar el control de convencionalidad de las leyes es denunciada en el voto particular de la propia Sentencia 270/2015 (formulado por el magistrado XIOL RÍOS y al que se adhieren los magistrados ASÚA BATARRITA y VALDÉS DAL-REÉ).

En relación con la posible quiebra de los principios de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución (dado que el recurrente no se limitaba a afirmar que la norma impugnada vulnerara el TCE sino que la vulneración de éste implicaba una lesión de los arts. 9.1 y 9.3 CE), los magistrados discrepantes entienden que la cuestión del “control de convencionalidad” “debería ser sometida a una reconsideración más profunda”, dado que “resulta reduccionista afirmar que el control abstracto de convencionalidad de las normas con rango legal queda excluido del objeto de recurso de inconstitucionalidad, fundándose en que dicho recurso sólo cabe ante el supuesto de infracción del principio de jerarquía normativa por normas con rango legal respecto de la Constitución (...)”<sup>775</sup>.

Los magistrados disidentes parten del reconocimiento constitucional de los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español (art. 96.1 CE) y de la posibilidad (discutible) de que dichas normas puedan ser objeto de control de constitucionalidad directo con base en lo dispuesto en el art. 27.2 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y consideran que la jurisprudencia constitucional debería “replantearse los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad a través de una construcción semejante a la del control [mediato] de constitucionalidad por la vía de los arts. 9.1 o 96 CE”. Para los mismos, “la actual jurisprudencia parece que aboca a que sólo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del art. 24.1 CE en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad”, si bien “no deja de resultar paradójico que en el contexto

---

<sup>774</sup> *Ibid.*

<sup>775</sup> *Ibid.* Voto Particular, aptdo. 2.

de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los arts. 9.1 o 96 CE”<sup>776</sup>.

La denunciada renuncia a realizar el “control abstracto de convencionalidad” bien puede enmarcarse dentro de la que JIMENA QUESADA denomina “actitud de enclaustramiento del máximo intérprete de la Carta Magna bajo el ángulo de determinados aspectos procesales atinentes a una frustrada o retardada internacionalización del control de constitucionalidad”<sup>777</sup>, actitud cuyas principales manifestaciones serían la no inclusión dentro del denominado “bloque de constitucionalidad” de los parámetros internacionales, la asunción como posibilidad del control sucesivo o sobrevenido de la constitucionalidad de los tratados internacionales con fundamento en lo dispuesto en el art. 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aunque ello implique incurrir en responsabilidad internacional y el notable retraso con el que dicho tribunal ha hecho uso de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) ante el TJUE<sup>778</sup>.

En cuanto al “control de convencionalidad” difuso de la reforma legal cuestionada<sup>779</sup>, a la luz de lo dispuesto en el TCE, el mismo volvió a plantearse tras dictarse los primeros laudos arbitrales que condenaron a España con fundamento en dicho tratado internacional.

En su Sentencia de 15 de junio de 2017 el Tribunal Supremo analiza por primera vez el hecho de haberse dictado el laudo en el asunto *Eiser c. España* condenando a ésta por infringir el TCE, laudo que fue aportado por la recurrente en el seno del proceso.

---

<sup>776</sup> *Ibíd.* Voto particular, aptdos. 2 y 3.

<sup>777</sup> JIMENA QUESADA, L., *Op. cit.* pág. 824.

<sup>778</sup> Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio y Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

<sup>779</sup> Autores como CANOSA USERA entienden que el control de convencionalidad difuso debería hacer frente a muchas dificultades. Vid. CANOSA USERA, R. (2015) *El control de convencionalidad*, Civitas/Thomson Reuters.

En relación con dicho “documento” el Alto Tribunal entiende que no puede atribuirle eficacia alguna sin apartarse del imperio de la ley al que está sometido, dando a entender que el mismo no constituye norma alguna que deba ser tomada en consideración:

“Aunque estimamos que no constituye obstáculo para pronunciarse sobre la eficacia del mencionado laudo arbitral, el hecho de que no se haya alegado en este proceso la infracción de la Carta de la Energía, entendemos que carece de relevancia para fundamentar la pretensión de invalidez de las disposiciones impugnadas del Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, pues, aun advirtiendo que dicho laudo resulta contradictorio con lo resuelto en otros laudos arbitrales, dotarle 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 al imperio de la ley”<sup>780</sup>.

Y, además, entiende el Tribunal que tomar en consideración dicho laudo exigiría dejar de aplicar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han confirmado la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2013 y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con quiebra del “principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho”:

“Ello 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 generación 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, así como que ignorásemos nuestra propia doctrina jurisprudencial, violando el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho”<sup>781</sup>.

Otras sentencias posteriores, que resuelven recursos en los que los recurrentes invocaron la existencia de laudos dictados por tribunales arbitrales que estimaron

---

<sup>780</sup> STS de 15 de junio de 2017, rec. 676/2014, F.J. 3º. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto 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, y contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo 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.

<sup>781</sup> *Ibíd.*

violentado el TCE con ocasión de la aprobación de, entre otras normas, el Real Decreto-Ley 9/2013, se han pronunciado en el mismo sentido.

Así, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de septiembre de 2017 el Tribunal Supremo afirma que “en lo que respecta al laudo de la Corte Internacional de Arreglo de Diferencias del Banco Mundial, hemos de señalar que el presente recurso se enjuicia bajo la aplicación del derecho español y comunitario, sin que resulte de aplicación al caso el régimen derivado del sometimiento voluntario de determinados sujetos y Estados a un concreto régimen arbitral”<sup>782</sup>.

El asunto de la posible infracción del TCE se ha planteado, incluso, después de recaída la Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018 en el asunto *Achmea*.

Así, en su Sentencia de 13 de junio de 2019, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a un acuerdo del Consejo de Ministros que desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños y perjuicios sufridos por la entrada en vigor del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, el Tribunal Supremo reitera su anterior doctrina añadiendo que:

“En este mismo sentido la sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018 "Achmea", dictada en el asunto C 284/16, rechaza como contrario al Derecho UE un mecanismo arbitral de resolución de controversias en las cuales resulte de aplicación el Derecho UE, ya que no permite garantizar que los litigios se diriman ante un órgano jurisdiccional perteneciente al sistema judicial de la Unión, dado que sólo un órgano jurisdiccional de este tipo puede garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión”<sup>783</sup>.

Y el Tribunal Constitucional ha vuelto a analizar la cuestión del control concentrado de convencionalidad de la norma interna, es decir, de “si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE” en su sentencia 140/2018<sup>784</sup>.

---

<sup>782</sup> STS de 5 de septiembre de 2017, rec. 699/2014, F.J. 5º.

<sup>783</sup> STS de 13 de junio de 2019, rec. 681/2017, F.J. 5º.

<sup>784</sup> STC 140/2018, de 20 de diciembre, F.J. 6º.



El Tribunal, tras referirse a los orígenes de la doctrina sobre el control de convencionalidad (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006, en el asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, en la que se señala que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional sus jueces también están sometidos a dicho tratado debiendo velar porque los efectos de sus disposiciones “no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, ejerciendo una especie de ‘control de convencionalidad’ de las normas jurídicas internas a la luz del tratado en cuestión), señala que “nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional”, aunque la anterior omisión no puede hacer olvidar que el art. 96 CE dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno y, aunque no tengan superioridad jerárquica sobre las leyes internas, “establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación”, de forma que “la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”<sup>785</sup>.

A juicio del Alto Tribunal este es el sentido en el que deben entenderse sus pronunciamientos en los que sostiene que los tratados internacionales “no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal”<sup>786</sup>.

El Tribunal Constitucional, por lo tanto, convierte al “control de convencionalidad” en nuestro ordenamiento jurídico en una “mera regla de selección de derecho aplicable,

---

<sup>785</sup> *Ibid.*

<sup>786</sup> *Ibid.*

que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”, siendo la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto una “cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional”<sup>787</sup>.

Así, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, “cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto”<sup>788</sup>.

El Tribunal Constitucional podrá, a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE.

La Sentencia 140/2018, aunque calificada como auténtico hito para la consolidación del sistema de fuentes del Derecho<sup>789</sup>, ha recibido importantes críticas.

Así, ALONSO GARCIA censura tanto la inadecuada (por insuficiente) referencia a la noción americana de control de convencionalidad (que “va mucho más allá del concreto contexto en el que se estaba moviendo nuestro TC, que no era otro, (...) que el de la determinación del juez competente, si ordinario o constitucional, para ejercitar en el ámbito interno el control de compatibilidad del derecho nacional con los tratados internacionales”) como la afirmación relativa a la ausencia de relación jerárquica entre ley y tratado, cuando resulta que ello “no excluye su naturaleza supralegal en la medida en que un tratado válidamente celebrado prevalece sobre toda ley interna, anterior o posterior, que se le oponga o contradiga”<sup>790</sup>.

---

<sup>787</sup> *Ibíd.*

<sup>788</sup> *Ibíd.*

<sup>789</sup> Vid. JIMENA QUESADA, L. (2019) “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 53, págs. 434-461.

<sup>790</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2020), “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, págs. 13-51, <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01> (a. 1/6/2021), págs. 22 y 23.

Igualmente plantea dicho autor la duda de cuáles son las normas internacionales que deben emplearse para efectuar el control de convencionalidad, pudiendo proyectarse el mismo, en principio, “sobre cualquier tipo de tratado”, “al margen de la materia sobre la que verse”, de forma que “el control no queda circunscrito a los tratados sobre derechos fundamentales”, o la del alcance mismo de dicho control<sup>791</sup>.

Otros autores como GOERLICH apelan a la adopción de una actitud de “autocotención” por los órganos judiciales encargados del control difuso de convencionalidad, toda vez que “las exigencias de profundizar en el sistema multinivel de protección de los derechos sociales, de incorporar con normalidad el control de convencionalidad y de preservar la prevalencia de las normas internacionales en los términos del art. 96.1 CE, deben ser coherentes con el imperio de la ley como criterio esencial de funcionamiento del ordenamiento interno”, toda vez que “sólo la ley puede abordar con la necesaria generalidad y precisión la adaptación del ordenamiento interno a las reglas internacionales”<sup>792</sup>.

---

<sup>791</sup> ALONSO GARCÍA, R. *Op. cit.* pág. 31.

<sup>792</sup> GOERLICH PESET, J.M. (2021) “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, Nº. 1, <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044> (a. 1/6/2021), págs. 13 y 17.

## **IX.- CONVERGENCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO NACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES.**

Analizados en los apartados anteriores las instituciones y los principios que limitan o excluyen el riesgo regulatorio desde las perspectivas del Derecho internacional de inversiones y de protección de los derechos humanos, del Derecho de la UE y del Derecho nacional y las relaciones entre dichos ordenamientos, es objeto del presente capítulo poner de manifiesto, por una parte, la discriminación por razón de nacionalidad que genera entre los inversores la referida poliarquía normativa, la diversidad de instancias encargadas de resolver las controversias que surjan entre los mismos y los Estados y la inexistencia o insuficiencia de mecanismos que garanticen en todos los casos la coherencia y consistencia de dichos ordenamientos y de su interpretación y, por otra, la creciente interacción entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y el Derecho nacional para hacer posible una mayor convergencia de los límites del riesgo regulatorio e incrementar la coherencia y consistencia de dichos ordenamientos.

### **9.1. La discriminación de los inversores nacionales (y de la UE) frente a los inversores extranjeros.**

Como se ha expuesto en los capítulos precedentes, los estándares de protección y los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados contemplados en los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio celebrados por España o por la UE difieren de los previstos en el Derecho de la UE o en el Derecho nacional.

Sin embargo, buena parte de los estándares de protección de las inversiones, sean reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario o convencional, por el Derecho de la UE o por el Derecho nacional, están fundamentados en unos mismos principios generales del derecho.

Así, es indudable el paralelismo que existe entre el estándar que prohíbe las expropiaciones indirectas y que contemplan la generalidad de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones exteriores y la garantía expropiatoria contemplada en el art. 33.3 CE, en el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH o en el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (inspirados, a su vez, en normas preexistentes).

Igualmente, la obligación de dispensar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo (con lo que ello implica en términos de exigencia a los poderes públicos de una actuación transparente, proporcionada y no discriminatoria y de la protección de las expectativas legítimas de aquéllos) contemplada en dichos acuerdos guarda una estrecha relación con los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de confianza legítima (construido por la jurisprudencia del TJUE, p.ej. sentencia de 11 de junio de 2015, *Berlington Hungary y otros*, C-98/14, aptdo. 77 y jurisprudencia citada) o con valores superiores del ordenamiento jurídico como la justicia.

No obstante dicho común fundamento, existen notables diferencias en la formulación por el Derecho nacional, el de la UE o el Derecho internacional de los estándares de protección de las inversiones y, sobre todo, en la forma en la que éstos son interpretados por los órganos (judiciales o arbitrales) a los que se encomienda la resolución de las controversias que puedan surgir entre inversores y Estados, pudiendo

diferir notablemente el resultado de su aplicación en función de la nacionalidad de aquéllos, siendo habitual que los inversores nacionales resulten discriminados negativamente respecto de los extranjeros (cuando la situación, históricamente, fue justamente la opuesta) dando ello lugar a lo que BONNITCHA, SKOVGAARD POULSEN y WAIBEL han denominado “*reverse discrimination*”.

Como señalan dichos autores, los acuerdos de inversión son, fundamentalmente, “instrumentos preferenciales” de forma que únicamente los inversores cubiertos por los mismos (los inversores extranjeros) pueden beneficiarse de la protección sustantiva y procedimental por ellos dispensada. La protección contemplada en dichos acuerdos les garantiza derechos que no se definen por referencia a la forma en la que pueda tratarse a otros inversores (dicha protección, a diferencia de lo que ocurre con los estándares de trato nacional o de cláusula de la nación más favorecida, tiene carácter absoluto) “*raising the possibility that these substantive rights are more generous than those available to other investors under the domestic law of the host state*”<sup>793</sup>.

DE LA QUADRA-SALCEDO señala que el creciente proceso de externalización de la jurisdicción y de las reglas de fondo ha determinado la “creación de una división de dos clases de inversionistas. Los extranjeros pertenecerían a la primera división y los nacionales a la segunda”. Así y siguiendo a este autor, resultaría que se habría transformado la regla del trato nacional que luce en muchos tratados, de forma que “lo que el inversor extranjero quiere es ser tratado mejor que el inversor nacional” y, por el contrario, “el sueño del inversor nacional sería, ahora, ser tratado como el inversor extranjero”<sup>794</sup>.

Sin embargo, la discriminación por razón de la nacionalidad del inversor no es contraria a Derecho *per se*.

Como ha señalado el TEDH al analizar los efectos negativos de una reforma social sobre la propiedad privada de determinados bienes, aunque la mayor parte de los preceptos de la CEDH y de sus Protocolos “conceden la misma protección a los

---

<sup>793</sup> BONNITCHA, J., SKOVGAARD POULSEN L.N., y WAIBEL, M. (2017) *The Political Economy of the investment Treaty Regime*, Oxford, pág. 153.

<sup>794</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020), “Tratados de inversión y mutación del Derecho público: ¿derecho público transnacional?”, *Revista de Administración Pública*, 212, pág. 36.

nacionales y a los extranjeros”, ello “no se opone a que puedan deducirse de un determinado texto algunas excepciones a la regla”. Y en cuanto al principio de no discriminación contemplado en el art. 14 CEDH “según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las diferencias en el trato no suponen una discriminación cuando tienen una «justificación objetiva y razonable»”, pudiendo concurrir en el caso de la privación de propiedad efectuada por una reforma social, “serios motivos para establecer diferencias, en materia de indemnizaciones, entre nacionales y extranjeros” toda vez que “[e]stos son más débiles que aquéllos ante la legislación interna; y, a diferencia de los ciudadanos del país, no participan generalmente en la elección o designación de los legisladores ni son consultados antes de la aprobación de las disposiciones. Más aún: aunque la expropiación debe justificarse siempre con la utilidad pública, pueden entrar en juego factores distintos para los nacionales y los extranjeros; y pueden existir razones para pedir que los primeros soporten, por interés general, una carga mayor que los segundos”<sup>795</sup>.

También el TJUE en su Dictamen 1/2017 ha afirmado que, si bien los acuerdos internacionales celebrados por la UE “deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos”<sup>796</sup>, el principio de igualdad ante la ley de todas las personas o la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad que se contemplan, respectivamente, en los arts. 20 y 21.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “no se aplican a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros y nacionales de Estados terceros”<sup>797</sup>. El art. 20 de la Carta “no obliga a la Unión a otorgar, en sus relaciones exteriores, un trato igual a los distintos Estados terceros”<sup>798</sup>, aunque exige que “no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado”<sup>799</sup>, resultando que no es comparable la situación de los empresarios europeos que invierten en cualquiera de los Estados miembros de la UE con la de los empresarios canadienses que inviertan la Unión o la de los empresarios de la Unión que invierten en Canadá, de forma que aquéllos no tienen acceso a la vía específica de recurso ni podrán

---

<sup>795</sup> Sentencia TEDH de 21 de febrero de 1986, *James y otros c. Reino Unido*, párrafo

<sup>796</sup> Dictamen 1/2017 del TJUE, de 30 de abril de 2019, aptdo. 165.

<sup>797</sup> *Ibid.*, aptdo. 169.

<sup>798</sup> *Ibid.*, aptdo. 173.

<sup>799</sup> *Ibid.*, aptdo. 176.

invocar directamente las normas del CETA ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la Unión<sup>800</sup>.

La generalización de los tratados de promoción y de protección recíproca de inversiones o de los acuerdos de libre comercio con capítulos de protección de inversiones y, por ende, del reconocimiento a los inversores extranjeros de derechos más amplios que los ofrecidos a los inversores nacionales por el Derecho nacional, derechos que en ocasiones ponen en entredicho el ejercicio de la función de regulación por los Estados huéspedes, ha llevado a una parte de éstos a cuestionar dicho reconocimiento, existiendo una importante corriente que entiende que el tratamiento que debe garantizarse a los inversores extranjeros debe ser el mismo que el que se ofrece a los inversores locales (es decir, que debe dispensarse a los mismos un estándar de carácter relativo como el “trato nacional”)<sup>801</sup>.

Una manifestación clara de la “*reverse discrimination*” es la reforma en España del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica con tecnologías renovables, reforma articulada por el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013 y que, simultáneamente, ha sido declarada conforme con la CE (concretamente, con los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales) por la STC 270/2015 y contraria al TCE (concretamente, a la obligación del Reino de España de dispensar un trato justo y equitativo a los inversores de Estados parte de dicho convenio internacional y a las inversiones por los mismos realizadas) en diversos laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales.

Dichas diferencias han provocado una manifiesta discriminación entre quienes han realizado inversiones para desarrollar dicha actividad por razón de su nacionalidad

Mientras que los inversores, esencialmente nacionales, que han acudido a los tribunales de justicia españoles denunciando la infracción de las garantías ofrecidas por el Derecho español no han visto protegidas sus inversiones frente al mencionado cambio regulatorio, los inversores extranjeros (incluidos, inicialmente, los de Estados miembros

---

<sup>800</sup> *Ibid.* Aptos. 180 y 181.

<sup>801</sup> Vid. CREMADES, B.M. (2006), “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, *Business Law International* n° 7, pág. 53 y ss. También, SHAN, W. (2007) “Is Calvo Dead?”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, n°. 1, págs. 123-163.



de la UE) que han demandado al Reino de España ante los tribunales arbitrales internacionales previstos en el TCE han visto reconocido (no en todos los casos) el derecho a ser compensados (con un alcance diverso) por razón de la pérdida de valor de las inversiones por los mismos ejecutadas en dicho país.

Tratándose de los inversores de Estados miembros de la UE, la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Achmea* declara la falta de conformidad con el Derecho de la Unión (por no garantizar su autonomía) de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre ellos, poniendo en entredicho la ejecución de los laudos favorables ya dictados o la iniciación de nuevos procedimientos arbitrales.

Coincidimos con DE LA QUADRA-SALCEDO en que lo anterior provoca una “contradicción insalvable en el plano material” y que, aunque pueda sostenerse “en el plano formal” que “una cosa es infringir la Constitución y los derechos fundamentales y otra infringir los tratado”, dicha distinción formal “dista, sin embargo, de ser satisfactoria porque si lo que el tribunal arbitral considera infringido es el principio de trato justo y equitativo, se comprende mal que en el plano interno no haya infracción alguna de la Constitución, y de los derechos fundamentales y principios que inspiran nuestra Constitución, siendo la justicia un valor supremo (art. 1 de la Constitución) que alguna relación tiene con el trato justo y equitativo”<sup>802</sup>.

La antedicha discriminación es consecuencia de la falta de coherencia de los estándares de protección de las inversiones contemplados en el Derecho internacional de inversiones, el Derecho de la UE y el Derecho nacional, falta de coherencia que es resultado no tanto de su distinta formulación como, sobre todo, de la divergente interpretación que de los mismos hacen los tribunales a los que se encomienda su aplicación práctica y que, en algunos casos, saca a relucir un poco practicado “diálogo entre tribunales” de cara a hacer posible la “tutela multinivel” de los derechos de los inversores<sup>803</sup>.

---

<sup>802</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020), *Op cit.* pág. 46.

<sup>803</sup> Vid. SARRIÓN ESTEVE, J. (2017), “Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)), págs. 915-947.

La discriminación de los inversores nacionales (o de la UE) respecto de los inversores extranjeros resulta no tanto de la aplicación a los primeros de unos principios (los de seguridad jurídica y de confianza legítima o de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, respecto de los aplicados a los segundos (la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por los segundos prevista en el art. 10.1 del TCE), como de su aplicación en un sentido diametralmente opuesto.

Siguiendo a DE LA QUADRA-SALCEDO, podemos afirmar que los arbitrajes de inversión “pueden dar lugar -y de hecho están dando lugar- a la existencia de dos derechos paralelos en un mismo territorio y para idénticas cuestiones, según quienes sean los afectados por las mismas leyes, reglamentos o resoluciones administrativas y, en su caso, según la instancia a que acudan”, de forma que “una misma resolución o una misma norma del estado que el inversionista entiende que perjudica gravemente su inversión sería a la vez conforme al derecho interno de acuerdo con los órganos jurisdiccionales y constitucionales internos y, a la vez, no habría respetado el trato justo y equitativo del tratado que también forma parte del Derecho interno”, aunque “es imposible que, a la vez que se cumple con la Constitución y con la ley se le dé a alguien un trato injusto y e inicuo”<sup>804</sup>.

La discriminación de los inversores nacionales (o de la UE) respecto de los inversores extranjeros, además de poner de manifiesto una diferente aplicación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por una parte, y del estándar de trato justo y equitativo, por otra, es, en último término, susceptible de violentar la garantía del derecho de propiedad contemplado en los arts. 33 CE (cuya infracción no analiza en modo alguno la sentencia 270/2015), 1 del Protocolo Adicional a la CEDH y 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Precisamente, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se ha planteado la infracción de todos los preceptos indicados.

En su sentencia de 21 de marzo de 2018, en la que se analiza la conformidad a Derecho de 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

---

<sup>804</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020), *Op cit.* pág. 47.

de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, biomasa y residuos, el Tribunal Supremo rechaza que dicha norma infrinja, además del art. 33 CE, el art. 1 del Protocolo Adicional de la CEDH o el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, preceptos que garantizan el respeto al derecho de propiedad, toda vez que la revocación del régimen de tarifa regulada, establecido en el Real Decreto 661/2007, “no supone una ablación de derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario de la normativa reglamentaria ni incide en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas”<sup>805</sup>.

Concretamente y en lo que respecta a la posible violación del derecho de propiedad garantizado por el art. 1 del Protocolo Adicional de la CEDH, el Tribunal Supremo cita la sentencia del TEDH de 28 de septiembre de 2004 (*Kopecky contra Eslovaquia*) en la que se afirma que “un demandante únicamente puede alegar una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 en la medida en la que las resoluciones que impugna se refieran a sus «bienes» en el sentido de esta disposición. La noción de «bienes» puede referirse tanto a «bienes actuales» como a valores patrimoniales, incluidas pretensiones, en virtud de las cuales el demandante puede pretender tener al menos una «expectativa legítima» de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad”. Sin embargo, “la esperanza de ver reconocer un derecho de propiedad que no se puede ejercer efectivamente no puede ser considerada como un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, y lo mismo ocurre con una pretensión condicional que se extingue debido a la falta de realización de la condición”<sup>806</sup>.

En cuanto a la infracción del Derecho de la Unión Europea, el Alto Tribunal señala que no puede acogerse la impugnación de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, basada en la infracción de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE; y la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, toda vez que “no es posible contraponer el apoyo mediante ayudas a la generación renovable y la salvaguarda a la sostenibilidad financiera del

---

<sup>805</sup> STS de 21 de marzo de 2018, rec. 754/2014, F.J. 3º.

<sup>806</sup> *Ibíd.*

sistema, cuando esta última es condición necesaria de la propia subsistencia de aquellas, pues carece de sentido diseñar un sistema de apoyo a estas tecnologías que sea insostenible financieramente y, por tanto, no resulte viable económicamente a medio y largo plazo”, concediéndose una “amplia libertad a los Estados en la definición de las medidas de fomento (artículo 3.3 de la Directiva) y en la definición de los sistemas de apoyo (artículo 2.k de la Directiva) y, por lo tanto, para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivos de estas fuentes de energía, y para establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos”<sup>807</sup>.

Y concluye el Tribunal afirmando que las medidas de ajuste aprobadas tienen una “finalidad legítima” y ello “aunque su aplicación suponga una reducción de los ingresos que se percibirían conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 661/2007; y ello a partir de la consideración de que «los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a velar por el fomento de las energías renovables garantizando el acceso de la energía generada a la red, gozando de un amplio margen de apreciación para configurar el alcance de las medidas, instrumentos y mecanismos incentivos de estas fuentes de energía, y establecer los sistemas de apoyo que estime coherentes con la sostenibilidad y eficiencia del sector eléctrico, con el fin de cumplir dichos objetivos”<sup>808</sup>.

La sentencia de 21 de marzo de 2018 contiene, sin embargo, un voto particular en el que se expresa que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 incurren en una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

A juicio de los magistrados disidentes “se trata de una reforma normativa de calado muy superior a la del 2010, pues la de ahora (año 2014) comporta un cambio global de sistema; y siendo ello así, lo cierto es que el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 no contemplan ningún régimen transitorio o medida correctora para paliar o atemperar los efectos gravosos que la nueva regulación produce sobre las instalaciones que existían con anterioridad”. Es más, “tampoco cabe entender que el drástico cambio regulatorio introducido en el 2014 fuese previsible” aunque es cierto que ante la notoria necesidad de reducción del déficit del sistema eléctrico- señalada de manera expresa, además, en los diferentes cambios regulatorios habidos en los últimos

---

<sup>807</sup> *Ibíd.*

<sup>808</sup> *Ibíd.*

años- y la propia situación económica general cualquier empresa gestionada de manera diligente podía y debía saber que habría de producirse un nuevo cambio normativo que comportaría una reducción de la retribución<sup>809</sup>.

Según el voto particular la conclusión contenida en la STC 270/2015 y según la cual el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, no vulneran los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, “no es trasladable sin más a la regulación contenida en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, dado que el sistema retributivo específico, apenas enunciado en las normas de rango legal, ha quedado configurado en el Real Decreto y la Orden con un sesgo retrospectivo significativamente gravoso que no es, desde luego, el único desarrollo reglamentario que admitían aquellas genéricas previsiones legales y que (...) sí incurre en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima”<sup>810</sup>.

Para los magistrados disidentes “de ninguna manera resultaba previsible -no desde luego, cuando se realizó la inversión de las instalaciones preexistentes a la reforma, pero ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos en el año 2014- que la modificación materializada y concretada en el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 iba a suponer una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la cogeneración. Y menos previsible aún que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo (...), en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria”<sup>811</sup>.

Aunque el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han negado a plantear una cuestión prejudicial acerca de la posible incompatibilidad con la Directiva 2009/28/CE o con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Real Decreto 413/2014 o de la Orden 1045/2014, la misma ha sido denunciada por diversos

---

<sup>809</sup> STS de 21 de marzo de 2018, rec. 754/2014, Voto particular, aptdo. segundo, 2).

<sup>810</sup> *Ibíd.*

<sup>811</sup> *Ibíd.*

inversores en el seno del expediente de ayudas de estado relativo al “régimen retributivo específico” instaurado por dichas normas y notificado por España a la Comisión europea el 22 de diciembre de 2014.

La Decisión de la Comisión Europea C (2017) 7384 final de 10 de noviembre de 2017 analiza el hecho de que el nuevo esquema retributivo instaurado por dichas normas se aplique no solo a las nuevas instalaciones de generación sino, asimismo, a las preexistentes durante toda su vida útil (y considerando la retribución ya percibida bajo el esquema retributivo preexistente).

Para la Comisión Europea:

- El esquema retributivo instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Real Decreto 413/2014 o de la Orden 1045/2014 constituye una ayuda de estado en el sentido del art. 107.1 TFUE, habiendo sido implementada por el Reino de España con anterioridad a su autorización, con quiebra de la obligación de *stand still* impuesta por el art. 108.3 TFUE.

- Dicho esquema retributivo se aplica a las nuevas instalaciones a partir de 1 de julio de 2014 y a las preexistentes con arreglo al anterior esquema retributivo -establecido en los Reales Decretos 661/2007 o 1578/2008- que estuvieran inscritas en el registro administrativo correspondiente en la indicada fecha durante toda su vida útil, declarándose dicho esquema completamente absorbido por el nuevo.

- El nuevo esquema retributivo persigue una finalidad de interés general como es la reducción de los gases de efecto invernadero.

- No existe un derecho a las ayudas estatales, pudiendo los Estados miembros decidir no concederlas o poner fin a un esquema de ayudas previamente aprobado. Si el esquema de ayudas no ha sido autorizado por la Comisión el Estado miembro debe suspenderlo hasta que se declare conforme con el mercado interior de acuerdo con el art. 108.3 TFUE.

- Habiéndose concedido por el Reino de España ayudas de estado (las contempladas en los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008) sin haberse respetado las obligaciones de notificación y de *stand-still* impuestas por el art. 108.3 TFUE, no pueden nacer expectativas legítimas por razón de las mismas a favor de los inversores.

- No obstante la primacía del Derecho de la UE sobre los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados entre sus Estados miembros y, particularmente, el TCE, y la consiguiente

inaplicabilidad de éstos para resolver las controversias que puedan surgir entre los inversores de un Estado miembro de la Unión y otro Estado miembro, el Reino de España no ha violentado los principios de seguridad jurídica y de protección de las expectativas legítimas bajo el Derecho de la Unión, dado que, siendo el Derecho de la Unión parte del derecho aplicable (en cuanto Derecho internacional entre las partes de la controversia), el estándar de trato justo y equitativo no puede tener un alcance más amplio que el que resulta de los principios de seguridad jurídica y de protección de las expectativas legítimas en el contexto de un esquema de ayudas de Estado. Tratándose de una inversión realizada por un inversor de fuera de la UE, el estándar de trato justo y equitativo contemplado en el TCE se respeta desde el momento en que no pueden nacer expectativas legítimas a favor de ningún inversor si las mismas tienen su base en una ayuda de estado ilegal.

- Cualquier compensación que un tribunal arbitral pueda reconocer a un inversor sobre la base de haber sustituido el Reino de España el régimen económico primado contemplado en los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008 por el esquema de ayudas notificado y objeto de la Decisión constituye una ayuda de estado sujeta *per se* a la obligación de notificación, *stand-still* y autorización por la Comisión.

La Decisión de la Comisión Europea C(2017) 7384 final de 10 de noviembre de 2017 fue objeto de varios recursos ante el TJUE<sup>812</sup>, recursos en los que se solicitó tanto la anulación de aquélla como que se ordenara a la Comisión valorar por separado el régimen nuevo y el régimen preexistente de acuerdo con el Derecho de la Unión, al entender los inversores recurrentes, por ejemplo, que dicho Organismo había incurrido en error manifiesto de hecho al declarar que el régimen actual absorbió al anterior de forma que no precisaba una evaluación independiente o que se había infringido el art. 41.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que insta a los demandantes a que sus intereses sean tratados con imparcialidad y justicia, al haber situado los intereses de la Unión y de España por encima de los de los demandantes.

Dichos recursos fueron inadmitidos por el TJUE mediante sendas órdenes de 25 de marzo de 2019<sup>813</sup> al entenderse que la anulación de la Decisión recurrida por el hecho de haber contemplado la misma los pagos recibidos con base en el esquema retributivo anterior no tendría el efecto de poner en entredicho el nuevo esquema retributivo ni

---

<sup>812</sup> Asuntos T-186/18 (*Abaco Energy, S.A. c. Comisión Europea*) o T-190/18 (*Solwindent Las Lomas, S.L. c. Comisión Europea*).

<sup>813</sup> Dichas órdenes no son firmes, al haber sido objeto de sendos recursos de apelación antes la Gran Sala del TJUE.

obligaría al Reino de España a anularlo o a adoptar otro más favorable para los recurrentes. Para el Tribunal “*since the Kingdom of Spain had decided to replace the previous scheme with the current scheme, it was not relevant, within the scope of the contested decision, to assess whether or not the originally foreseen payments under the previous scheme, which were ultimately not paid, were compatible with the internal market*”.

El TJUE, al analizar la modificación del régimen retributivo de las energías renovables en España únicamente desde la perspectiva del régimen de ayudas de estado y no desde el de la posible infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, ha confirmado la conformidad a Derecho de dicha modificación y, por el momento, la situación de *reverse discrimination* de los inversores de la UE respecto de los extranjeros que la misma genera.

No obstante la renuencia de los tribunales españoles a dialogar con el TJUE en relación con la conformidad con el Derecho de la UE de la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables realizada en España en 2013-2014, dicho Tribunal ha terminado pronunciándose con carácter prejudicial acerca de conformidad con aquél de la modificación del régimen retributivo de dicha actividad acometida en Italia (modificación que presenta numerosas analogías con la española).

Así, en su Sentencia de 15 de abril de 2021 el TJUE resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal italiano en relación con la conformidad con el Derecho de la UE de la reforma del régimen de incentivos de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables<sup>814</sup>.

A juicio del TJUE, sin perjuicio de las “comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes”, el art. 3.3.a) de la Directiva 2009/28/CE y los arts. 16 y 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, deben interpretarse en el sentido de que “no se oponen a una normativa nacional que prevé la reducción o el aplazamiento del pago de los incentivos a la energía producida por las instalaciones solares fotovoltaicas concedidos anteriormente

---

<sup>814</sup> Sentencia TJUE de 15 de abril de 2021, asuntos acumulados C-798/18 y C-799/18.



mediante resoluciones administrativas y confirmados mediante acuerdos específicos celebrados entre los operadores de dichas instalaciones y una sociedad pública, cuando la citada normativa se refiera a los incentivos ya previstos pero aún no devengados”<sup>815</sup>.

---

<sup>815</sup> *Ibíd.* Apto. 71.

## **9.2 Interacción entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y el Derecho nacional en materia de inversiones exteriores.**

La discriminación de los inversores nacionales (o de la UE) respecto de los inversores extranjeros se ha ido incrementando en el tiempo conforme se ha ido ampliando el alcance de algunos estándares contemplados en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones contemplados en los acuerdos de libre comercio como el estándar de trato justo y equitativo.

A lo anterior se ha unido, en casos como la reforma en España del régimen de generación de electricidad con tecnología renovable, una interpretación de los estándares nacionales de protección -principios de seguridad jurídica, confianza legítima o irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales- que podría resultar disconforme con la protección del derecho de propiedad que dispensan los arts. 33.3 CE, 1 del Protocolo Adicional a la CEDH o 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante la apuntada discriminación en materia de protección de inversiones, resulta posible observar en el ámbito internacional dos tendencias que podrían poner coto a la misma y que se suman a las críticas contenidas en los votos particulares de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a las que se ha hecho referencia en apartados anteriores.

Por una parte, en el ámbito del Derecho internacional convencional se está produciendo una armonización de los estándares de protección, particularmente, del estándar de trato justo y equitativo como consecuencia del establecimiento de límites que refuerzan la potestad de los Estados huéspedes de las inversiones de regular las mismas en beneficio del interés general.

Por otra, el recurso al arbitraje privado como mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados está viéndose reemplazado en determinados ámbitos (particularmente, en ciertos acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o acuerdos de libre comercio impulsados desde la UE) por la sumisión de las mismas a tribunales permanentes especializados y que garanticen la existencia de una segunda instancia unificadora de la doctrina que puedan sentar.

A continuación, nos referiremos a ambas tendencias.

a) *La reforma del Derecho internacional de inversiones y la reformulación del estándar de trato justo y equitativo*

Como se ha expuesto anteriormente, la protección de las inversiones exteriores por el Derecho internacional puede entrar en conflicto con el ejercicio de la función regulatoria por los Estados y la protección por los mismos de los derechos humanos (incluida la protección de la salud, del medio ambiente o la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores, entre otros) o de los de determinados colectivos (como los pueblos indígenas).

Las decisiones de los tribunales arbitrales a los que se encomienda la solución de las controversias entre inversores extranjeros y Estados han ido incrementando progresivamente la protección dispensada a los primeros como consecuencia de la ampliación del número de supuestos en los que se entiende cometida por los segundos una expropiación indirecta y, muy particularmente, de la evolución del estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario y de la incorporación al estándar de trato justo y equitativo de nuevos elementos como la protección de las expectativas legítimas de los inversores, incluida la expectativa en que se mantenga inalterado el marco regulatorio existente al tiempo de realizarse la inversión.

Es cierto que el incremento de dicha protección, en cierta medida, ha sido propiciado o, al menos tolerado, por los Estados huéspedes que, en uso de su soberanía, han consentido en obligarse respecto de otros Estados a dispensar un determinado trato a sus inversores para así atraer mayores volúmenes de inversión exterior directa.

Como señala el tribunal del asunto *Bilcon c. Canadá*:

*“The international minimum standard exists and has evolved in the direction of increased investor protection precisely because sovereign states—the same ones constrained by the standard—have chosen to accept it. States have concluded that the standard protects their own nationals in other countries and encourages the inflow of visitors and investment”*<sup>816</sup>.

---

<sup>816</sup> *Bilcon c. Canadá*, op. cit. párrafo 438.

La inexistencia de una doctrina consolidada acerca del alcance de la protección que deba dispensarse a los inversores extranjeros (atendidas las diferentes formulaciones de los estándares de protección existentes en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y de los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio o la naturaleza del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados, en el que las decisiones de los tribunales arbitrales no son susceptibles de ser impugnadas salvo en el marco limitado del recurso de anulación que pueda interponerse frente al laudo) genera una notable inseguridad jurídica tanto para los Estados huéspedes de las inversiones como para los inversores extranjeros, quedando en entredicho la capacidad de los primeros para regular las inversiones en beneficio del interés general y produciéndose, en muchas ocasiones, una relevante discriminación de los inversores nacionales respecto de los extranjeros (pudiendo únicamente estos últimos acudir a los tribunales nacionales o a los contemplados en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio, e instar ante los mismos la protección que dispense ora el Derecho nacional, ora los expresados tratados internacionales o el Derecho internacional consuetudinario).

El anterior problema, unido al debate sobre la legitimidad democrática y el funcionamiento del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados (acusándose en muchas ocasiones a los integrantes de los tribunales arbitrales de falta de transparencia, de parcialidad o de preparación en cuestiones atinentes al Derecho público o a la protección de los derechos humanos), han llevado a la comunidad internacional a plantearse la necesidad de reformar el Derecho internacional de inversiones.

Algunos Estados han optado, directamente, por denunciar todos o algunos de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores suscritos en el pasado<sup>817</sup>.

---

<sup>817</sup> Es el caso de Ecuador, Bolivia, India, Sudáfrica o Indonesia.

Así, por ejemplo, Ecuador ha denunciado la totalidad de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados, denunciando en 2017 los suscritos con Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela. Previamente ya se habían denunciado los celebrados con Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay (en 2008) y con Finlandia (en 2010). Ecuador ha seguido las recomendaciones contenidas en el Informe de auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador elaborado por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de

Otros, sin embargo, han optado por negociar acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones “de nueva generación” redefiniendo el estándar de trato justo y equitativo o la prohibición de las expropiaciones indirectas mediante el reforzamiento del “derecho” a regular de los Estados huéspedes y sustituyendo el arbitraje como mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados por tribunales permanentes especializados<sup>818</sup>.

La UNCTAD se ha hecho eco de las críticas del sistema de promoción y de protección de inversiones exteriores que ha venido desarrollándose durante las últimas décadas y ha abierto un período de reflexión y de revisión del mismo.

A su juicio la cuestión no es tanto si reformar o no dicho sistema como el qué, el cómo y el con qué extensión se debe reformar (“*the question is not about whether to reform or not, but about the what, how and extent of such reform*”) <sup>819</sup>.

Para dicho organismo la experiencia adquirida en la aplicación de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores durante sesenta años permite extraer diversas conclusiones.

Así, en primer lugar, se considera que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores han demostrado presentar riesgos no previstos inicialmente (o, al menos, no adecuadamente) por los Estados firmantes de los mismos, dado que, siendo instrumentos jurídicamente vinculantes y estando basados en la reciprocidad, permiten a los inversores extranjeros de cualquiera de los Estados parte, gracias a la amplitud y la vaguedad que presiden la formulación de muchas de sus previsiones, impugnar las decisiones esenciales de las políticas domésticas del Estado parte receptor de la inversión en ámbitos como la protección del medio ambiente o de la

---

Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA) que consideró que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores no solo no han sido determinantes en la atracción de más inversión exterior directa sino que, además, se han traducido en la obligación para el Estado de hacer frente a indemnizaciones millonarias y cuantiosos gastos de defensa. Dicho informe entiende que el régimen internacional de solución de controversias tiene un sesgo pro-inversor que desequilibra las relaciones inversor-Estado y que los árbitros han efectuado interpretaciones expansivas de las normas aplicables, lo cual les ha permitido acatar las exigencias de los inversores y dictar laudos elevados contra el Estado. Vid. <https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/> (a. 1/6/2021).

<sup>818</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2019) “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La Ley Unión Europea*, nº 68.

<sup>819</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*, United Nations Publications, Ginebra, 2015, pág. 120.

salud o la energía. El lenguaje utilizado en dichos acuerdos ha dado lugar a interpretaciones imprevistas y, en ocasiones, inconsistentes de los tribunales arbitrales, lo que se ha traducido en una falta de previsibilidad acerca de qué es exactamente lo que los mismos exigen de los Estados (“*has resulted in a lack of predictability as to what IIAs actually require from States*”)<sup>820</sup>.

Lo anterior ha llevado a la conclusión, ampliamente compartida, de que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores deben ser más claros y detallados, debiendo ser redactados con fundamento en un análisis exhaustivo que tenga en cuenta sus implicaciones legales tanto actuales como potenciales.

La anterior tarea, sin embargo y según reconoce el indicado organismo de la ONU, no resulta sencilla pues, aunque los laudos arbitrales dictados ofrecen pautas acerca de cuáles puedan ser los límites de la capacidad regulatoria de los Estados, no existe ninguna metodología que permita evaluar *ex ante* el riesgo regulatorio, dependiendo el mismo en lo sustancial del mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas (respeto del correspondiente acuerdo de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores) por las autoridades estatales.

Y, segundo, se entiende que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores tienen importantes implicaciones en términos de coherencia política y sistémica (“*wider implications for policy and systemic coherence*”) dado que tienen un alcance aplicativo muy amplio, cubriendo todo tipo de operaciones de inversión, de forma que afectan a la formulación de políticas a nivel nacional en ámbitos muy diversos (fiscalidad, comercio, empleo y protección social, derecho de propiedad, políticas sectoriales, seguridad nacional, protección medioambiental y de la salud), lo que exige una intensa coordinación de las políticas internas para garantizar la coherencia de las obligaciones asumidas en virtud de dichos acuerdos, por una parte, y el Derecho nacional u otras obligaciones internacionales, por otra (“*to ensure coherence between IIA obligations and domestic policies, and to achieve consistency between IIAs and other international obligations of the IIA contracting parties*”). De lo contrario, puede ocurrir que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores que celebre un Estado no solo es que no reflejen sus intereses y objetivos, sino que le lleven

---

<sup>820</sup> *Ibid.*, pág. 126.

a asumir compromisos que no pueda cumplir y que terminen constriñendo su capacidad regulatoria<sup>821</sup>.

Al fin y al cabo, el sistema de inversiones exteriores debería ofrecer una mayor previsibilidad, estabilidad y transparencia de forma que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las mismas puedan contribuir a que los Estados mejoren sus marcos regulatorios e institucionales, incorporando a los mismos una dimensión internacional y promoviendo el estado de derecho y los principios de buen gobierno, y a que alcancen sus objetivos de desarrollo sostenible.

A la luz de las anteriores conclusiones, el citado organismo especializado de la ONU entiende que los retos a los que debe hacer frente la reforma del sistema actual de promoción y protección de inversiones exteriores son, entre otros<sup>822</sup>, los siguientes:

- Salvaguardar el “derecho a regular” de los Estados para perseguir objetivos de desarrollo sostenible (“*safeguarding the right to regulate for pursuing sustainable development objectives*”)
- Propiciar la coherencia del sistema (“*enhancing systemic consistency*”)<sup>823</sup>.

Los aires reformistas han llegado, con más fuerza si cabe, al ámbito del TCE, toda vez que la protección que dispensa frente a las expropiaciones indirectas y la obligación que impone a los Estados parte de dar un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de otro Estado parte puede poner en entredicho el cumplimiento mismo de obligaciones internacionales asumidas por dichos Estados y, particularmente, las relativas a la lucha contra el cambio climático contenidas en el Acuerdo de París<sup>824</sup> y el Pacto Verde Europeo<sup>825</sup>.

En el anterior sentido, la UE y sus Estados miembros son conscientes de que la protección que dispensa el TCE podría condicionar (no tanto en el sentido de impedir

---

<sup>821</sup> *Ibid.*

<sup>822</sup> Excede del objeto del presente trabajo el análisis de las críticas al sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y de las medidas que se están adoptando en el plano internacional para dar solución a los problemas detectados en dicho ámbito

<sup>823</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 2015...* *Op. cit.*, pág. 128.

<sup>824</sup> Adoptado por la COP21 en París, el 12 de diciembre de 2015, el Acuerdo entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.

<sup>825</sup> COM(2019) 640 final

como de hacer más onerosa) la transición hacia una economía totalmente descarbonizada en 2050, al facultar a los inversores en el sector de las energías fósiles a formular demandas por razón de los cambios normativos que puedan afectarles<sup>826</sup>.

Al margen de la modernización del TCE en el sentido de concretar en mayor medida la protección frente a las expropiaciones indirectas, la obligación de dispensar trato justo y equitativo y de reconocer el “derecho a regular” de los Estados, el principal escollo de las negociaciones radica en determinar qué concretos sectores habrán de protegerse en el futuro.

La falta de avances ha llevado a plantearse, incluso, una retirada colectiva de la UE del TCE como única solución a largo plazo, aunque el art. 47.3 TCE afirma que “las disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado”.

Como ha reconocido el Comisario de Comercio de la UE al responder a una pregunta formulada por el Parlamento Europeo, “la Comisión considera que la mejor opción sería lograr la reforma del TCE” toda vez que “la retirada unilateral de la UE y de los Estados miembros de un TCE no reformado conllevaría la aplicación de la cláusula de extinción, según la cual el TCE seguiría aplicándose a las inversiones existentes durante un período de veinte años. Esto podría dar lugar a nuevos litigios entre inversores y Estados en el marco de las normas no reformadas, en particular en materia de las inversiones existentes en combustibles fósiles. Esta es la razón por la que la Comisión está firmemente comprometida a continuar las negociaciones de modernización en curso”. Sin perjuicio de que la Comisión siga examinando periódicamente los avances de las negociaciones “si los objetivos fundamentales de la UE, en particular la armonización

---

<sup>826</sup> En el asunto *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc c. Italia*, Caso CIADI No. ARB/17/14 (en curso), un inversor británico ha demandado a la República de Italia una compensación de 225 millones de euros como consecuencia de haber prohibido la misma la actividad extractiva de hidrocarburos.

En el asunto *RWE AG, RWE Eemshaven Holding II BV c. Holanda*, Caso CIADI ARB/21/4 (en curso), el inversor alemán demanda una compensación de 1.400 millones de euros al Reino de los Países Bajos como consecuencia de la prohibición de quemar carbón a partir de 2030 (lo que obligará a la eléctrica alemana a cerrar una central termoeléctrica de carbón en el país).



con el Acuerdo de París, no se alcanzan en un plazo razonable, la Comisión podrá valorar la propuesta de otras opciones, entre ellas la retirada del TCE<sup>827</sup>.

Un acuerdo entre los Estados Miembros de la UE podría solucionar una parte del problema, si bien resta que el TJUE se pronuncie acerca de la compatibilidad entre el TCE y el Derecho de la Unión<sup>828</sup>.

*b) La salvaguardia de la facultad de regular de los Estados huéspedes.*

Como se ha expuesto anteriormente, la vaguedad con la que se encuentran definidos los estándares de protección de las inversiones exteriores contemplados en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio unida a la propia naturaleza del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados ha propiciado una ampliación de la protección dispensada a los inversores extranjeros y una correlativa reducción de la capacidad regulatoria de los Estados.

Para proceder a un “reequilibrio” de la anterior situación, la UNCTAD ha propuesto la reformulación de los diferentes estándares de protección contenidos en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio, con especial énfasis en la cláusula de la nación más favorecida, el estándar de trato justo y equitativo, o la prohibición de las expropiaciones indirectas<sup>829</sup>.

Así y respecto del tratamiento en dichos acuerdos del estándar de trato justo y equitativo, se han propuesto las siguientes cuatro alternativas:

- Definir el estándar de trato justo y equitativo por referencia al estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario. Esta alternativa sigue dejando en manos de los tribunales la determinación de cuál

---

<sup>827</sup> P-005555/2020. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_ES.html) (a. 1/6/2021)

<sup>828</sup> Bélgica ha planteado una cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE. Vid. <https://www.ejiltalk.org/belgium-asks-european-court-of-justice-to-opine-on-compatibility-of-energy-charter-treatys-investor-state-arbitration-provisions-with-eu-law/> (a. 1/6/2021).

<sup>829</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 2015...* *Op. cit.*, págs. 137 y ss.

pueda ser el contenido de dicho estándar mínimo de trato, lo que podría generar más incertidumbre.

- Aclarar el contenido del estándar de trato justo y equitativo mediante una relación abierta (*numerus apertus*) de las obligaciones garantizadas por el Estado huésped de la inversión exterior con fundamento en el mismo, bien con carácter positivo (obligaciones incluidas), negativo (obligaciones no incluidas) o combinado. Sin embargo, esta alternativa, atendido el carácter abierto de la relación de obligaciones, conlleva un evidente riesgo de interpretación extensiva del “estándar de trato justo y equitativo”.

- Aclarar el contenido del estándar de trato justo y equitativo mediante una relación cerrada (*numerus clausus*) de las obligaciones garantizadas por el Estado huésped de la inversión exterior con fundamento en el mismo, lo que, aunque mucho más efectivo, puede resultar de gran complejidad, pudiendo ser aconsejable prever la posibilidad de actualizar periódicamente la expresada relación de obligaciones cubiertas por el estándar.

- Omitir cualquier referencia al estándar de trato justo y equitativo o trasladarla del articulado del acuerdo al preámbulo, solución que, obviamente, elimina o reduce sustancialmente el riesgo de que el Estado sea demandado con fundamento en la quiebra de dicho estándar, aunque a costa de reducir la protección dispensada por aquél y, por ende, su potencial atractivo de la inversión exterior.

En cuanto al tratamiento a dispensar en los expresados acuerdos a las medidas de efecto equivalente a la expropiación o expropiaciones indirectas, se han propuesto igualmente las siguientes alternativas:

- Limitar la protección a dispensar al inversor extranjero mediante el establecimiento de requisitos que han de cumplirse para poder entender que ha existido una expropiación indirecta (carácter de la acción gubernamental, impacto económico de la misma, interferencia con expectativas razonables respaldadas por inversiones o existencia de beneficio económico para el Estado).

- Definir qué acciones no constituyen una expropiación indirecta en términos genéricos (medidas regulatorias que persigan objetivos de políticas públicas) o específicos.

- Omitir cualquier referencia a la expropiación indirecta o, incluso, excluir expresamente la misma del objeto del oportuno acuerdo (pues la inclusión de una garantía frente a la expropiación es suficiente para poder entender incluida tanto las expropiaciones directas como las indirectas), si bien a costa

de reducir la protección dispensada por el mismo y, por ende, su potencial atractivo de la inversión exterior.

En todo caso, la propia Conferencia es consciente de que la práctica totalidad de las alternativas expuestas (con la excepción de la exclusión de la protección frente a las expropiaciones indirectas), si bien no excluyen la litigiosidad, contribuyen a un mejor equilibrio de los intereses de los inversores extranjeros y de los Estados huéspedes de las inversiones exteriores y pueden aportar una mayor seguridad jurídica a los primeros acerca del alcance de la protección dispensada por los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores y los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio y salvaguardar el “derecho a regular” en beneficio del interés público de forma no discriminatoria de los segundos.

El citado organismo también analiza la posible introducción en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio de excepciones por razones de orden público (*public policy exceptions*) y de seguridad nacional (*national security exceptions*)<sup>830</sup>.

En cuanto a las primeras, se dirigen a equilibrar la protección de las inversiones exteriores con objetivos relacionados con el orden público y a reducir la exposición de los Estados huéspedes de las mismas por razón de las medidas que adopten para su consecución. Dichos objetivos pueden ser indicados *nominatim* en el correspondiente acuerdo. Se puede indicar igualmente el grado de relación que ha de tener la medida con el objetivo (necesaria para su consecución, simplemente relacionada), para poder quedar amparada por la excepción. Por otra parte, se pueden introducir medidas que prevengan el abuso de la excepción por las autoridades estatales (p.ej. su utilización con motivación simplemente proteccionista), incluida la remisión de la interpretación de su alcance a comités paritarios integrados por representantes de los dos Estados parte del correspondiente acuerdo.

Respecto de las segundas, se dirigen igualmente a equilibrar la protección que pueda tener que dispensarse a las inversiones exteriores con los objetivos relacionados con la seguridad nacional del Estado huésped de las mismas (p.ej. presencia o

---

<sup>830</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2015... Op. cit.*, págs. 140 y ss.

permanencia de inversores extranjeros en determinados sectores económicos, adopción de medidas en caso de que sea preciso garantizar la paz y la seguridad), reduciendo la litigiosidad frente a los mismos. Se puede bien utilizar una fórmula genérica, bien relacionar las situaciones que permiten invocar la excepción (p.ej. necesidad de hacer frente a situaciones de profunda crisis económica o a conflictos armados), así como indicar las medidas que pueden adoptarse para hacer frente a la misma. Por otra parte, conviene que la inclusión de este tipo de excepciones en los acuerdos vaya acompañada de una referencia a si las mismas son o no “*self-judging*”, es decir, si su apreciación corresponde únicamente al Estado receptor de la inversión y que adopte las medidas o si, por el contrario, la misma corresponde al organismo al que se encomiende la solución de las controversias entre los inversores y dicho Estado. Aunque las cláusulas “*self judging*” reducen la protección dispensada por el acuerdo y, por ende, su capacidad de atraer la inversión exterior, las mismas deben ser invocadas de buena fe y de forma que no sea manifiestamente abusiva.

*c) La mejora de la coherencia y de la consistencia del Derecho internacional de inversiones*

El Derecho internacional de inversiones interactúa, por una parte, con otras normas de Derecho internacional (generales o sectoriales, universales o regionales) aplicables en los Estados huéspedes y, por otra, con los ordenamientos internos de dichos Estados.

Para reducir la litigiosidad entre inversores y Estados es necesario no solo definir con la mayor claridad y precisión posibles el alcance de las obligaciones internacionales asumidas por los últimos en materia de protección de inversiones exteriores sino, además, garantizar, por una parte, que dichas obligaciones son consistentes con cualesquiera otras asumidas por los Estados con arreglo al Derecho internacional (p.ej. en materia de protección de los derechos humanos) y, por otra, que dicha protección es coherente con la que pueda dispensar a los inversores el ordenamiento jurídico interno.

Respecto de la interacción del Derecho internacional de inversiones con el Derecho internacional globalmente considerado<sup>831</sup>, los Estados receptores de inversiones exteriores están sujetos no solo a las obligaciones que dimanar de los acuerdos de

---

<sup>831</sup> Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2015...* *Op. cit.*, pág. 162.

promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores, de los capítulos de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio o del Derecho internacional consuetudinario (estándar mínimo de trato) sino, asimismo, a las que surgen de otras fuentes del Derecho internacional en ámbitos como la defensa de la paz y la seguridad mundiales, la protección de los derechos humanos, de la salud, del medio ambiente o de las condiciones laborales, el comercio o la fiscalidad internacionales.

En línea con lo ya apuntado y no previéndose en los expresados acuerdos las correspondientes excepciones que modulen el alcance de las obligaciones asumidas en materia de protección de las inversiones exteriores, los órganos a los que se encomiende la resolución de las controversias que puedan surgir entre inversores y Estados deberán tomar en consideración, además, las restantes obligaciones internacionales que los mismos hayan podido asumir.

La aplicación de las normas en conflicto podría tener lugar en línea con las políticas de desarrollo sostenible<sup>832</sup> -que en la actualidad han de encaminarse a la consecución de los objetivos y metas que forman parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por la ONU<sup>833</sup>- y con los principios de responsabilidad social corporativa generalmente aceptados en el ámbito internacional<sup>834</sup>.

---

<sup>832</sup> Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the Sustainable Development Goals – An Action Plan*, Ginebra, 2014.

<sup>833</sup> La Agenda 2030 fue aprobada, por unanimidad, por la Asamblea General de la ONU mediante resolución A/RES/70/1, adoptada el 25 de septiembre de 2015 en su septuagésimo período de sesiones.

<sup>834</sup> Dichos principios resultan de distintas iniciativas promovidas a nivel internacional tanto desde la esfera pública como de la privada. Pueden tener carácter general o resultar de aplicación a un sector concreto (la industria financiera, las industrias extractivas). Su reconocimiento y difusión se promueve desde organizaciones internacionales, organismos de estandarización o asociaciones internacionales que desarrollan funciones de auto-regulación. Pueden destacarse los siguientes instrumentos e iniciativas: los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por la ONU ([https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf) a. 1/6/2021), las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> a. 1/6/2021), los estándares de la *Global Reporting Initiative* (<https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-spanish-translations/> a. 1/6/2021), la ISO 26000 sobre responsabilidad social (<https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>, a. 1/6/2021), los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (<http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2019/12/TheVoluntaryPrinciplesSpanish.pdf>, a. 1/6/2021), la iniciativa *Global Compact* de la ONU (<https://www.unglobalcompact.org/>, a. 1/6/2021), los Principios del Ecuador ([https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/09/EP4\\_Spanish.pdf](https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/09/EP4_Spanish.pdf), a. 1/6/2021), los *IFC Performance Standards* (<https://www.ifc.org/performancestandards>, a. 1/6/2021), la *Extractive Industries Transparency Initiative* (<https://eiti.org/>, a. 1/6/2021) o los *UN Principles for Responsible Investment* (<https://www.unpri.org/>, a. 1/6/2021).

Se trata de objetivos y principios que, en principio, no tienen carácter vinculante pero que pueden ofrecer criterios a dichos órganos para resolver los potenciales conflictos que puedan surgir entre la protección a dispensar a las inversiones exteriores y el reconocimiento a los Estados de un ámbito en el que poder adoptar medidas de carácter regulatorio que puedan tener alguna incidencia sobre las mismas.

En cuanto a la interacción del Derecho internacional de inversiones y de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>835</sup>, la misma se produce a diferentes niveles.

En primer lugar, la negociación y la celebración de acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o de acuerdos de libre comercio ha de considerar muy particularmente la incidencia que las obligaciones contenidas en los mismos puedan tener sobre el ordenamiento jurídico doméstico. Las obligaciones previstas en dichos acuerdos pueden constreñir la adopción de determinadas decisiones por las autoridades nacionales o hacer incurrir a las mismas en responsabilidad internacional en caso de que su adopción represente el incumplimiento de aquéllas.

Por otra parte, la coherencia entre el Derecho internacional de inversiones y el Derecho nacional es de una gran relevancia para evitar situaciones de discriminación del inversor nacional respecto del extranjero, discriminación que tendrá lugar en caso de que los estándares de trato contemplados en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de inversiones de los acuerdos de libre comercio suscritos por un determinado Estado otorguen a los inversores extranjeros una protección mayor que la que pueda dispensar el ordenamiento interno a los inversores nacionales.

Obviamente, cuanto mayor sea el alcance de la protección que los ordenamientos nacionales dispensen a los inversores nacionales y mejor sea el funcionamiento de las instituciones internas del Estado menor relevancia deberían tener los instrumentos internacionales de protección de inversiones exteriores y menores serán los riesgos de incoherencia entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

---

<sup>835</sup> Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2015... Op. cit*, pág. 163.

d) *Manifestaciones de la nueva política de protección de inversiones en la práctica convencional*

El proceso de reflexión acerca del alcance del Derecho internacional de inversiones y de su relación con los ordenamientos domésticos ha llevado a hablar abiertamente de su “reforma sistemática”.

Como señala la UNCTAD:

*“The need for systematic reform of the global international investment agreements (IIA) regime has become increasingly evident. Heated public debate, parliamentary hearing processes, and demonstrations on the street have been taking place in many countries and regions. A shared view has emerged on the necessity to ensure that the international investment treaty regime works for all stakeholders (...)*

*When implementing IIA reform, policymakers need to determine the most effective means to safeguard the right to regulate so as to ensure that IIAs' limits on the sovereignty of States do not unduly constrain public policymaking while providing for the protection and facilitation of investment”<sup>836</sup>.*

La reforma del Derecho internacional de inversiones exige que los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de inversiones exteriores contenidos en los acuerdos de libre comercio que se celebren en lo sucesivo delimiten con mayor claridad tanto el estándar de trato justo y equitativo, particularmente en lo relativo a la protección de las expectativas legítimas de los inversores, como el concepto de expropiación indirecta.

Igualmente, resulta preciso modificar el conjunto de los acuerdos actualmente vigentes y que no regulan los estándares de protección en el sentido indicado.

Por otra parte, resulta preciso reforzar la consistencia y la coherencia del sistema de protección de inversiones en su conjunto.

*“In the absence of multilateral rules for investment, the atomised, multifaceted and multilayered nature of the IIA regime gives rise to gaps, overlaps and inconsistencies, between IIAs, between IIAs and other*

---

<sup>836</sup> UNCTAD, *UNCTAD's reform package for the international investment regime*, 2017, pág. 7.

*international law instruments, but also between IIAs and domestic policies. IIA reform therefore should seek coherence in these various relationships*<sup>837</sup>.

Los acuerdos de libre comercio impulsados por la UE contienen regímenes de inversiones que pretenden dar respuesta a las anteriores necesidades.

Así, por ejemplo, el art. 8.10 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus Estados Miembros, también conocido como *CETA*, establece un régimen que, partiendo del reconocimiento de la protección de las inversiones exteriores con arreglo al estándar de trato justo y equitativo, rodea su aplicación de una serie de exigencias adicionales.

“Art. 8.10 Trato de los inversores y de las inversiones cubiertas.

1. Cada Parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad, de conformidad con los apartados 2 a 7”.

Dejando al margen las obligaciones que incumben a cada parte de dispensar a las inversiones exteriores “plena protección y seguridad” (obligaciones relacionadas con la “seguridad física” de los inversores y las inversiones cubiertas), el art. 8.10 del CETA aclara cuando se entiende incumplida la obligación de dispensar a las mismas un trato justo y equitativo. Ello sucede si la medida o conjunto de medidas constituye:

- Una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos.
- Un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos.
- Una arbitrariedad manifiesta.
- Una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas.
- Un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores

---

<sup>837</sup> UNCTAD, *UNCTAD's reform ... Op. cit.* pág. 19.



- Una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 8.10.3 del CETA.

Atendida la flexibilidad y el carácter evolutivo del estándar de trato justo y equitativo, el art. 8.10.3 del CETA contempla la obligación que incumbe a las partes del tratado (Canadá, la UE y sus Estados Miembros) de revisar el contenido de dicho estándar a petición de una de ellas:

“3. Las Partes revisarán periódicamente, previa petición de una de ellas, el contenido de la obligación de dar un trato equitativo y justo. El Comité de Servicios e Inversión, creado de conformidad con el artículo 26.2.1.b) (Comités especializados), podrá formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Mixto del CETA para que adopte una decisión”.

Como puede advertirse, el CETA no considera que una medida o un conjunto de medidas que violente las legítimas y razonables expectativas de los inversores extranjeros sea *per se* un supuesto de incumplimiento de la obligación de dispensar a las inversiones exteriores un trato justo y equitativo, si bien no excluye la posibilidad de que pueda llegar a serlo (siempre que así se determine con arreglo al procedimiento previsto en el propio tratado).

En todo caso y de cara a la apreciación de los supuestos de incumplimiento de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo, el CETA valora particularmente la posible creación de expectativas legítimas en los inversores. Así, el aptdo. 4 del propio art. 8.10 del CETA indica que:

“Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas”.

En todo caso, será el trato discriminatorio o arbitrario que pueda derivar de la medida o conjunto de medidas adoptadas por la parte del tratado -más no la frustración de las expectativas que las mismas hayan podido generar- el que determine el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo.

El propio art. 8.10 del CETA aclara que la infracción de otras disposiciones del mismo o de otro acuerdo internacional o de una disposición de Derecho interno no implica una infracción del estándar. Concretamente, señala que:

“6. Para mayor seguridad, una infracción de otra disposición del presente Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no supone que se haya producido una infracción del presente artículo.

7. Para mayor seguridad, el hecho de que una medida infrinja el Derecho interno no supone, por sí solo, que se haya producido una infracción del presente artículo. Para determinar si la medida infringe el presente artículo, el tribunal deberá tener en cuenta si una de las Partes ha actuado de forma incompatible con las obligaciones establecidas en el apartado 1”.

Respecto de las expropiaciones indirectas, el art. 8.12 del CETA, tras plasmar la regla general que prohíbe las nacionalizaciones o las expropiaciones directas de inversiones cubiertas por el tratado o indirectas a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación, excepto por motivos de interés público, con arreglo al debido procedimiento legal, de forma no discriminatoria y mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva, señala que la interpretación de dicha regla general habrá de tener lugar con arreglo a lo dispuesto en el anexo 8-A del propio tratado.

En dicho anexo se especifica:

- Qué se entiende por expropiación directa (la que se produce cuando una inversión se nacionaliza o se expropia directamente de otro modo mediante una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación);

- Qué se entiende por expropiación indirecta (la que tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una parte del tratado tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación).

- La necesidad de llevar a cabo una investigación, caso por caso y basada en hechos, para determinar si una medida o un conjunto de medidas de una parte del tratado, en una situación de hecho concreta, constituyen una expropiación indirecta. En dicha investigación se deben tener en cuenta, entre otros factores, el impacto económico de la medida o el conjunto de medidas (si bien el hecho de que una medida o un conjunto de medidas adoptadas por una parte del tratado tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión

no demuestra, por sí solo, que se haya producido una expropiación indirecta), la duración de la medida o del conjunto de medidas de una parte del tratado, el grado en que la medida o el conjunto de medidas interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones, y el carácter de la medida o el conjunto de medidas, en particular su objetivo, contexto y finalidad.

- Que no constituyen una expropiación indirecta las medidas no discriminatorias adoptadas por una parte del tratado que se conciben y se apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo.

Al margen de lo anterior, el art. 8.12 regula otros extremos relativos al alcance de la compensación y a su pago.

Así, la compensación debe equivaler al “justo valor de mercado” que tenía la inversión en el momento inmediatamente anterior a que se hiciera pública la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha es anterior. Entre los criterios de evaluación se incluirán el valor en funcionamiento, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad tangible, y otros criterios, según proceda, para determinar un valor de mercado justo (apdo. 2). La compensación debe incluir también un interés a un tipo comercial normal desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago y, a fin de que sea eficaz para el inversor, debe pagarse y transferirse, sin demora, al país que designe el inversor y en la moneda del país del que el inversor sea nacional o en cualquier moneda libremente convertible aceptada por el inversor (apdo. 3).

El inversor afectado tiene derecho, con arreglo al Derecho de la Parte expropiadora, a que un órgano judicial u otro órgano independiente de esa Parte efectúe una rápida revisión de su demanda y de la valoración de su inversión, de conformidad con los principios establecidos en el art. 8 del CETA (apdo 4).

En términos similares o análogos a los contenidos en los arts. 8.10 y 8.12 del CETA se pronuncian otros acuerdos de protección de inversiones recientemente celebrados por la UE con Estados como Japón, Vietnam o Singapur<sup>838</sup>.

---

<sup>838</sup> Vid. KÁISER MOREIRAS, J.L. y FRUTOS, R. (2018) “La política comercial europea”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, nº 903, págs. 111-126; o SERRANO LEA, C. (2020), “Las relaciones económicas de España y la política comercial de la Unión Europea”, *Economistas* nº 166, págs. 129-146. El estado de las negociaciones de la UE con distintos países para la celebración de acuerdos de

### 9.3. La influencia del Derecho internacional de inversiones sobre la función de regulación de las autoridades nacionales.

Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores y los acuerdos de libre comercio que contienen capítulos de protección de inversiones tienen o, al menos, deberían tener una notable influencia sobre la regulación de los Estados huéspedes atendidas las importantes consecuencias que puede llevar aparejada su infracción<sup>839</sup>.

Como señala SCHILL, las sanciones económicas que puedan imponer los tribunales arbitrales a los que se encomienda la resolución de las controversias entre los inversores extranjeros y los Estados parte de dichos acuerdos “*exert considerable pressure on States to bring their domestic legal orders into conformity with investment treaty obligations*”<sup>840</sup>.

Las autoridades nacionales a las que se atribuye la función de regulación, conscientes de las consecuencias que puede tener asociado el ejercicio inadecuado de la misma, de entenderse que las medidas que puedan adoptar violentan el estándar de trato justo y equitativo contemplado en dichos acuerdos o constituyen una expropiación indirecta con arreglo a los mismos, deberían, en teoría, atemperar dicho ejercicio de manera que el mismo no haga incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Como señala DE LA QUADRA-SALCEDO, “los tratados de inversión presuponen la competencia del Estado huésped para regular las inversiones de los inversores extranjeros, pero le imponen límites y condiciones a la regulación que haga el Estado huésped sobre las mismas con la idea de garantizar unos mínimos a respetar en todo caso, mínimos cuyo umbral se ha elevado en la práctica por los tribunales arbitrales”<sup>841</sup>.

---

libre comercio puede consultarse en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf) (a. 21/11/2021).

<sup>839</sup> Vid. SATTOROVA, M. (2018), *The impact of Investment Treaty Law on Host States. Enabling good governance?*, Hart Publishing, Bloomsbury.

<sup>840</sup> SCHILL, S.W. (2011) “System-building in investment treaty arbitration and lawmaking”, en *German Law Journal*, Vol. 12, Nº. 5-6, pág.1085.

<sup>841</sup> QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020), “Tratados de inversión y mutación del Derecho público: ¿derecho público transnacional?”, *Revista de Administración Pública*, 212, pág. 50.

Alude dicho autor a un “derecho público procedente de los laudos de los tribunales arbitrales” que se caracteriza como “derecho transnacional” y que “puede acabar teniendo incidencia en último extremo como *soft law* en el derecho interno”<sup>842</sup>.

Según se ha analizado en apartados anteriores, el estándar de trato justo y equitativo obliga a los Estados parte de dichos acuerdos a actuar, respecto de los inversores extranjeros, de manera consistente y razonable, con transparencia, de forma no arbitraria ni discriminatoria y con ecuanimidad, observando los procedimientos en la toma de decisiones (*due process of law*) y respetando las expectativas legítimas de los mismos.

Muchas de las anteriores exigencias (por ejemplo, el deber de actuar transparentemente y de respetar los procedimientos en la toma de decisiones) obligan a las autoridades nacionales a, con carácter general, actuar de una determinada manera cuando del ejercicio de la función de regulación se trata.

Como ya se ha tenido ocasión de analizar en apartados anteriores del presente trabajo, desde la OCDE y la UE se ha impulsado la mejora de la calidad y coherencia de la regulación por sus Estados parte como base para hacer posible el crecimiento económico, fenómeno que está indisolublemente unido al de la inversión.

Sin ir más lejos, la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 22 de marzo de 2012, recomienda a los Estados parte de la OCDE a “promover, de resultar preciso, la coherencia regulatoria a través de mecanismos de coordinación entre los distintos niveles de gobierno (supraestatal, estatal e infraestatal), identificando los problemas transversales en materia de regulación en todos los órdenes de gobierno, con el objeto de promover la coherencia entre los enfoques regulatorios y evitar la duplicidad o el conflicto de regulaciones”<sup>843</sup>.

En el marco de lo dispuesto por la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (que adoptó un enfoque de “mejora de la regulación” y, de resultar posible, de “desregulación”) y de la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de diciembre de

---

<sup>842</sup> *Ibid.* pág. 49.

<sup>843</sup> Recomendación n° 10. Puede accederse a la misma en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf> (a. 21/11/2021).

2012 sobre el *EU Regulatory Fitness*<sup>844</sup>, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contiene importantes previsiones en materia de “buena regulación”, estableciendo su art. 129.1 que “en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.

En relación con la expresada coherencia, el propio art. 129, al referirse a la seguridad jurídica, señala en su aptdo. cuarto que, a fin de garantizarla, “la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la UE, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”.

Al margen del valor y eficacia de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 CE), no existe en la Ley 39/2015 obligación alguna de ejercer la iniciativa normativa de manera coherente con los tratados internacionales.

Y si bien el Tribunal Constitucional ha sido hasta la fecha renuente a realizar el control concentrado de convencionalidad de las leyes, la STC 140/2018, de 18 de diciembre, ha dado carta de naturaleza al control de convencionalidad difuso de las mismas, al reconocer el “desplazamiento” por los tratados internacionales válidamente celebrados por España y publicados en el BOE de la norma interna anterior (sin que ello suponga su derogación) y la “resistencia” de los mismos a su derogación por disposiciones internas posteriores en el tiempo (que quedaría inaplicada), de forma que “la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma

---

<sup>844</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *EU Regulatory Fitness*, COM (2012) 746 Final, de 12 de diciembre de 2012.

aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”.

Al margen de lo que pueda resultar de la aplicación de la anterior doctrina, es obvia la influencia en España del Derecho internacional de inversiones y, particularmente, la ejercida por los laudos dictados en procedimientos en los que se ha enjuiciado la compatibilidad de la reforma del marco retributivo de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable con las obligaciones asumidas por nuestro país en virtud del TCE.

Buena prueba de lo anterior la constituye el aptdo. segundo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación, que modifica la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, mediante la introducción en la misma de una disposición final tercera bis que regula la “rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio”, es decir, de las instalaciones afectadas por el cambio del marco tarifario implantado por dicha norma.

Dicha norma reconoce que “se encuentran pendientes diversos procedimientos arbitrales que acumulan cuantiosas reclamaciones y que afectan de manera especial a la capacidad de atraer inversiones, por lo que resultan necesarias medidas que contribuyan a estabilizar la retribución de esas instalaciones y a reducir en lo posible el planteamiento de nuevos procedimientos arbitrales o, en su caso, poner fin a los existentes”, razón por la que “introduce una previsión que tiene por objeto garantizar la posibilidad, para aquellos titulares que deseen acogerse a ella, de que la tasa de rentabilidad razonable que se fijó para el primer periodo regulatorio, que finaliza el 31 de diciembre de 2019, no pueda ser modificada durante los dos periodos regulatorios que se sucedan consecutivamente desde el 1 de enero de 2020” (exposición de motivos).

La anterior previsión, sin embargo, “no será de aplicación cuando sobre la rentabilidad de estas instalaciones se inicie o se haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, incluyendo

las derivadas de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y de sus normas de desarrollo” salvo que “se acredite ante la Dirección General de Política Energética y Minas antes del 30 de septiembre de 2020, la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial y la renuncia fehaciente a su reinicio o a su continuación, o la renuncia a la percepción de indemnización o compensación que haya sido reconocida como consecuencia de tales procedimientos” (apdo. tercero).

La anterior previsión legal, aunque adoptada en ejecución de la Declaración de 15 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea sobre las consecuencias legales de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Achmea* y la protección de inversiones en la Unión Europea (que obliga a los Estados miembros que suscribieron dicha Declaración a, entre otras medidas, adoptar aquellas que, siendo conformes con el Derecho de la Unión, propicien que las empresas de un Estado miembro que hayan iniciado procedimientos frente a otro Estado miembro con fundamento en acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de los que dichos Estados sean parte desistan de los mismos) evidencia la influencia que el Derecho internacional de inversiones tiene sobre el Derecho nacional.



## **X.- CONCLUSIONES**

### **I**

El Derecho regula el fenómeno económico de la inversión para, entre otras posibles finalidades, hacerla posible, fomentarla y garantizar el cumplimiento por la misma de determinadas exigencias.

La función de regulación consiste en la supervisión constante del ejercicio por los particulares de las actividades económicas a las que las inversiones se refieran a través de la aprobación de un marco normativo que las ordene y de su aplicación continuada, todo ello con objeto de garantizar el funcionamiento competitivo de los distintos mercados y la satisfacción de los diferentes intereses en presencia.

El riesgo regulatorio puede definirse como la incidencia, positiva o negativa, que puede tener la modificación del marco normativo vigente en un determinado momento o de su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos sobre las situaciones y las relaciones jurídicas nacidas o entabladas a su amparo.

### **II**

Los poderes públicos, en ejercicio de la función de regulación, pueden modificar el marco regulador de una determinada actividad económica sin más límites (en España) que los que dimanen de la Constitución, de los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados y del Derecho de la UE, tanto originario como derivado.

Entre dichos límites figura, muy particularmente, el derecho de propiedad privada -incluido el de los bienes y derechos objeto de inversiones económicas-, derecho reconocido tanto por la generalidad de las constituciones (art. 33 CE) como por el Derecho de la UE (art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos o el Derecho internacional de inversiones, tanto consuetudinario como convencional (bilateral o multilateral).

Los anteriores instrumentos y conjuntos normativos configuran un sistema de tutela multinivel del derecho de propiedad privada. Los mismos, además de un ámbito subjetivo

de aplicación dispar, contemplan estándares de protección y mecanismos de tutela diversos, pudiendo lo anterior hacer que surjan problemas de consistencia dentro de los distintos sistemas jurídicos y de coherencia entre los mismos.

### III

El art. 33 CE reconoce el derecho de propiedad privada y la garantía expropiatoria frente a las expropiaciones tanto directas como indirectas. El derecho de propiedad privada posee un “contenido esencial” que se impone al legislador y que se identifica con las facultades o posibilidades de actuación que hacen que el derecho sea reconocible como categoría jurídica y perteneciente al tipo correspondiente y sin las que quedaría desnaturalizado, y, particularmente, con una utilidad económica mínima.

### IV

El art. 1 del Protocolo Adicional de la CEDH reconoce el derecho de propiedad privada de toda persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados parte de dicho tratado internacional y su garantía frente a su privación por causa de utilidad pública y de acuerdo con la ley y los principios generales del Derecho internacional, encomendando al TEDH su protección, una vez agotadas todas las vías de recurso internas. Dicha protección se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados a aprobar las normas que reglamenten el uso de los bienes de acuerdo con el interés general.

El TEDH exige en toda medida que implique una privación del derecho de propiedad que exista un “justo equilibrio” o una “proporción razonable” entre los medios empleados y el fin perseguido, entre las exigencias del interés general de la comunidad y la protección de dicho derecho individual, reconociendo a los Estados un “margen de apreciación” a la hora de determinar la proporcionalidad o justo equilibrio de una determinada medida.

### V

Los inversores extranjeros carecen de personalidad jurídica internacional, razón por la que los daños que puedan sufrir en sus inversiones como consecuencia de hechos imputables a los Estados huéspedes han de entenderse irrogados al Estado del que son nacionales.

Históricamente se ha discutido si los Estados huéspedes han de dispensar a los inversores extranjeros el mismo trato ofrecido a los inversores nacionales (cláusula de trato nacional) -o, incluso, el ofrecido a los inversores de otros Estados (cláusula de la nación más favorecida)- o si, por el contrario, han de tratar a aquéllos con arreglo a un estándar autónomo. Mientras algunos Estados que tradicionalmente han dependido de la inversión extranjera defendieron la primera tesis (lo que dio lugar a la “doctrina Calvo”, reflejada en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada en el seno de la ONU) otros, regularmente exportadores de capital, patrocinaron la segunda (que cristalizó en la denominada “*Hull rule*”, basada en el reconocimiento del derecho a una indemnización “pronta, adecuada y efectiva”).

La anterior discusión quedó superada con ocasión de la generalización de la celebración de convenios internacionales que reconocen a los inversores extranjeros y a las inversiones por los mismos realizadas estándares autónomos de protección frente al riesgo regulatorio -como el de “trato justo y equitativo” o la prohibición de las expropiaciones indirectas- diferentes de los que el ordenamiento jurídico interno reconoce a los inversores nacionales, por una parte, y específicos sistemas de solución de controversias entre dichos inversores y los Estados huéspedes basados en el recurso al arbitraje, por otra.

## VI

El Derecho internacional consuetudinario contiene un conjunto de reglas que regulan el tratamiento que los Estados han de dispensar con carácter mínimo a los extranjeros y a sus propiedades.

El estándar mínimo de trato con arreglo al Derecho internacional consuetudinario fue inicialmente formulado en 1926 con ocasión de la decisión del asunto *Neer c. México* y quedó inicialmente circunscrito a la denegación de justicia (*denial of justice*), exigiéndose para su aplicación que el trato dispensado al inversor extranjero pudiera calificarse de atropello, estuviera presidido por la mala fe o el dolo o constituyera una conducta gubernamental manifiestamente inadecuada a la luz de los estándares internacionales.

El estándar *Neer*, esencialmente referido a la seguridad física de los inversores extranjeros, resultó a la postre insuficiente para abordar un fenómeno tan complejo como

el de la inversión exterior directa, habiendo evolucionado al hilo de la jurisprudencia arbitral recaída en interpretación del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el art. 1105 TLCAN.

La inseguridad jurídica provocada por la aplicación del art. 1105 TLCAN y la puesta en entredicho en determinadas decisiones arbitrales de la capacidad de los Estados parte de dicho acuerdo para adoptar medidas en defensa del interés general, entre otras razones, han llevado a limitar dicho estándar en el T-MEC, que en su art. 14.6 afirma que los Estados parte deben otorgar a las inversiones realizadas por inversores de otro Estado parte “un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas”, lo que como mínimo incluye la obligación de no denegar justicia y el derecho al proceso debido, quedando excluida, expresamente, la protección de las expectativas legítimas, y reconociéndose el derecho de los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para garantizar que las inversiones en sus territorios son conformes con la protección del medio ambiente, la salud, la seguridad u otros objetivos regulatorios.

## VII

Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio suelen prohibir las expropiaciones indirectas (*tantamount to expropriation*) a que da lugar la superación por los Estados huéspedes, en el ejercicio de la función de regulación, de determinados límites que implican un vaciamiento del contenido del derecho de propiedad privada. Dicho ejercicio, sin implicar una transferencia formal del título dominical, priva al propietario del uso o beneficio económico que razonablemente espera de su derecho.

La calificación de una medida o conjunto de medidas como expropiación indirecta exige acreditar que aquéllas destruyen sustancialmente y con carácter permanente el valor de la inversión y su utilidad para el inversor o el control de la misma, interfieren con expectativas del inversor que nazcan de compromisos específicos asumidos por dicho Estado (sin que el mero cambio regulatorio sea relevante *per se* a efectos expropiatorios), tienen carácter discriminatorio y desproporcionado y no se han adoptado de buena fe, presumiéndose que los cambios regulatorios que resulten conformes con el Derecho nacional no dan derecho a compensación bajo el Derecho internacional.

La necesidad de cumplir todos los anteriores requisitos hace que sean poco frecuentes los asuntos en los que se estima infringida la protección que los expresados acuerdos dispensan frente a las expropiaciones indirectas.

## VIII

Los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio suelen contemplar, bajo formulaciones variadas, la obligación de los Estados huéspedes de dispensar a los inversores extranjeros y a sus inversiones un trato justo y equitativo.

El estándar de trato justo y equitativo permite analizar cualquier conducta imputable a un Estado (provenga del poder ejecutivo, legislativo o, incluso, judicial) capaz de perjudicar una inversión exterior protegida por el correspondiente acuerdo.

El estándar de trato justo y equitativo ha ido ampliando su alcance gracias a la vaguedad con la que tradicionalmente ha sido formulado y a la labor interpretativa desarrollada por los tribunales arbitrales a los que se encomienda su aplicación, tribunales que han ido reconociendo a su amparo nuevas obligaciones específicas de los Estados huéspedes tales como actuar de manera consistente, ecuánime y razonable, con transparencia, observando el procedimiento legal (*due process of law*), garantizando la tutela judicial (*denial of justice*) y respetando las expectativas legítimas de los inversores.

La protección de las expectativas legítimas y razonables de los inversores se ha convertido en el elemento nuclear del estándar de trato justo y equitativo, haciendo necesaria la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la protección de dichas expectativas y el “derecho” del Estado huésped a regular para proteger el interés general en función de lo que demanden las nuevas necesidades y circunstancias.

La protección de las expectativas legítimas de los inversores se condiciona normalmente a la existencia de un contrato o de algún tipo de promesa o garantía específica del Estado huésped. En su ausencia, el Estado puede, en principio, modificar el marco regulatorio sin violentar el estándar de trato justo y equitativo y, por ende, sin incurrir en responsabilidad frente al inversor extranjero.

No obstante, la protección de las expectativas legítimas de los inversores constituye un elemento emergente y no plenamente consolidado del estándar de trato justo y equitativo, habiendo entendido algunos tribunales que el mismo incluye la estabilidad del entorno jurídico y económico o del marco legal y de negocios existente al tiempo de realizar la inversión y protege frente a cambios inesperados y repentinos que eliminen los aspectos esenciales de un determinado régimen, pudiendo resultar relevante para apreciar dichos cambios la existencia de un marco jurídico específicamente destinado a hacer posible la inversión.

La aplicación del estándar de trato justo y equitativo debe conciliarse con la protección de los derechos humanos y con el reconocimiento del “derecho” de los Estados a regular en ámbitos como la protección del medio ambiente, la salud o el orden público. Tratándose de medidas adoptadas para hacer frente a crisis económicas, los Estados huéspedes pueden quedar liberados de responsabilidad (invocando la eximente de estado de necesidad) si se trata de las únicas medidas posibles y no han contribuido con su actuación a la gestación y desarrollo de la crisis, siendo preferible la renegociación, la adaptación o el aplazamiento de las obligaciones internacionales contraídas a su derogación.

## IX

El Derecho de la UE regula y protege las inversiones exteriores directas realizadas en el territorio de los Estados miembros por inversores tanto de otros Estados miembros de la UE como de terceros países.

El TFUE consagra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce, entre otros derechos, el de propiedad privada (que incluye la capacidad de regular por ley el uso de los bienes “en la medida en que resulte necesario para el interés general”) o la libertad de empresa. Los inversores pueden beneficiarse, además, de la protección que dispensan los principios generales del Derecho de la UE (como, por ejemplo, los de proporcionalidad, seguridad jurídica o protección de la confianza legítima) y la normativa sectorial que específicamente regule la correspondiente inversión.

El Derecho de la UE contempla la posibilidad de regular el funcionamiento de los distintos mercados de manera proporcionada y bajo ciertas condiciones, para la

consecución de determinados objetivos de política pública en ámbitos como la seguridad pública, la salud pública, la protección medioambiental, la protección social o la de los consumidores y usuarios.

Respecto de la promoción y la protección de la inversión exterior directa con destino a o procedente de terceros países, la UE ostenta competencia exclusiva en materia de política comercial común, estando facultada para negociar y celebrar en su nombre y en el de los Estados miembros acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o acuerdos de libre comercio que incluyan capítulos de protección de inversiones.

En cuanto a la admisión de la inversión exterior directa, el TFUE contempla la posibilidad de restringir la liberalización de movimientos de capitales con destino a o procedentes de terceros países, habiéndose establecido en el Reglamento (UE) 2019/452 un marco para el control de aquellas que se pretendan realizar dentro de la UE y puedan afectar a la seguridad o al orden público.

## X

El Derecho español reconoce tanto el derecho de propiedad privada como la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como un escenario en que los poderes públicos establecen las condiciones en que las inversiones pueden realizarse.

La Constitución española consagra el principio general de responsabilidad de los poderes públicos y reconoce tanto la garantía expropiatoria como la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

Tratándose de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, la Ley 39/2015 reconoce a los particulares afectados el derecho a ser indemnizados cuando así se establezca en los propios actos legislativos.

El Tribunal Supremo ha aludido en algún pronunciamiento a la existencia de un núcleo indisponible para el legislador de manera que puede invocarse el derecho a obtener una indemnización incluso en ausencia de toda previsión en la norma. Ello supondría entender que algunos principios operarían como límites del ejercicio de la función de regulación y, por ende, del riesgo regulatorio. Es el caso de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, seguridad jurídica y confianza

legítima, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales o rentabilidad razonable de las inversiones (trasunto de la garantía expropiatoria).

El establecimiento por el legislador de regímenes transitorios o de medidas compensatorias para quienes hayan realizado su inversión con arreglo al marco jurídico vigente con anterioridad permite mitigar el riesgo regulatorio.

## XI

Aunque los diversos estándares de protección de las inversiones frente al riesgo regulatorio tienen un común fundamento, difieren tanto en su concreta formulación como en su aplicación práctica por los tribunales judiciales o arbitrales a los que se encomienda la solución de las controversias que puedan surgir entre inversores y Estados.

Los inversores, cualquiera que sea su nacionalidad, pueden invocar ante los órganos judiciales del Estado huésped de la inversión la protección dispensada por el Derecho nacional y, en su caso, por el Derecho de la UE.

Los inversores extranjeros (nacionales de Estados no miembros de la UE) pueden, además, invocar la protección ofrecida por el Derecho internacional de inversiones y someter las controversias relativas a su inversión a los tribunales (normalmente arbitrales) contemplados en los correspondientes convenios o acuerdos internacionales.

La mayor protección ofrecida a los inversores extranjeros (nacionales de Estados no miembros de la UE) por el Derecho internacional de inversiones respecto de la ofrecida a los inversores nacionales (o a los nacionales de otros Estados miembros de la UE) por el Derecho nacional o, en su caso, por el Derecho de la UE, genera una situación de discriminación (*reverse discrimination*) que ha sido declarada conforme a Derecho por los tribunales (tanto por el TC como por los tribunales ordinarios), por el TJUE o por el TEDH, toda vez que el inversor nacional y el inversor extranjero se encuentran en una posición jurídica diferente.

## XII

El art. 10.2 de la Carta Magna obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades por la misma reconocidos de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España.



Consiguientemente, la interpretación del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) por los tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional ha de hacerse de conformidad con la CEDH, los Protocolos a la misma válidamente celebrados por España y la Jurisprudencia producida por el TEDH.

El TEDH actúa con sujeción al principio de subsidiariedad, pudiendo los justiciables acceder al mismo únicamente tras el agotamiento de las vías internas de recurso (art. 35 CEDH).

### **XIII**

El TJUE, al que los inversores únicamente pueden acceder a través del planteamiento por los tribunales nacionales de las oportunas cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE), faculta a éstos para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos y libertades con la condición de que ello no afecte al nivel de protección de dichos derechos y libertades con arreglo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación de la Carta queda circunscrito a las actuaciones de las instituciones de la UE y a las de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (quedando incluida, por ejemplo, la aplicación de dicho Derecho mediante su incorporación al ordenamiento jurídico interno).

### **XIV**

La relación entre la CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (instrumentos ambos que reconocen y protegen el derecho de propiedad privada) se basa, en esencia, en la teórica equivalencia de los niveles de protección que ambos ordenamientos ofrecen. El TEDH, ya antes de la aprobación de la Carta, señaló que el Derecho de la UE otorgaba un nivel de protección equivalente al de la CEDH. Por su parte, el art. 52.3 de la Carta establece que, en la medida en que la misma contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por la CEDH, “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, lo que “no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

Sin embargo, la Jurisprudencia emanada del TJUE ofrece cada vez con mayor frecuencia una interpretación autónoma de los derechos reconocidos en la Carta, lo que eleva el riesgo de solapamiento de procedimientos e, incluso, de resultados incoherentes.

El TJUE (Dictamen 2/13) se opuso al proyecto de adhesión de la UE a la CEDH, al entender que la Jurisprudencia del TEDH pone en riesgo la autonomía del Derecho de la UE, por lo que, por el momento, no resulta posible realizar un control externo de la actuación de las instituciones o del Derecho de la Unión con arreglo a la CEDH (no así de los actos de aplicación o incorporación de dicho Derecho a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión y parte de la CEDH).

## XV

La relación entre el Derecho de la UE y los acuerdos de promoción y de protección recíproca de las inversiones exteriores o de acuerdos de libre comercio con capítulos de protección de inversiones celebrados por la Unión o sus Estados miembros es, en principio, la correspondiente a dos normas de Derecho internacional celebradas por las mismas partes, debiendo resolverse los eventuales conflictos entre las mismas con arreglo a lo que resulta de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, en principio, únicamente permite aplicar la norma anterior en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

Tratándose de acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre Estados miembros de la UE con anterioridad al ingreso de uno o de ambos en la Unión, debe prevalecer el tratado de adhesión a la misma (con lo que ello implica en términos de aplicación del Derecho de la UE en su conjunto).

Un inversor extranjero podría, respecto de las inversiones realizadas en el territorio de cualquiera de los Estados miembros de la UE invocar la protección del Derecho de la Unión o la contemplada en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio celebrados por el Estado del que sea nacional con el Estado huésped o con la UE.

El hecho de que dichos acuerdos puedan contemplar el Derecho de la Unión como derecho aplicable para resolver la controversia entre el inversor y el Estado deja en entredicho la autonomía de aquél, al resultar posible que un tribunal ajeno al sistema

judicial europeo, al que se encomiende la resolución de la controversia entre el inversor y el Estado (pese a que los Estados miembros están obligados a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los tratados constitutivos a un procedimiento de solución de controversias diferente de los previstos en ellos), interprete el mismo sin garantía alguna de que, en último término y con carácter prejudicial, intervenga el TJUE.

La Sentencia del TJUE en el asunto *República Eslovaca c. Achmea* ha establecido la aplicabilidad del Derecho de la UE para resolver las controversias entre inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro y la consiguiente inaplicabilidad de los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados entre los mismos.

Dicha Sentencia ha implicado la terminación anticipada de la práctica totalidad de los acuerdos bilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores celebrados entre los distintos Estados miembros de la UE, no viéndose afectados por la misma, sin embargo, los acuerdos bilaterales celebrados por dichos Estados con terceros países que, no obstante, están siendo progresivamente sustituidos por acuerdos de libre comercio “de nuevo cuño” celebrados por la UE (en ejercicio de su competencia en materia de política comercial exterior) y sus Estados miembros.

El Dictamen 1/17 del TJUE analiza la compatibilidad con el Derecho de la UE de uno de dichos acuerdos, el CETA, confirmando la misma sobre la base de entender que el tribunal permanente para resolver las controversias que puedan surgir entre inversores y Estados contemplado en dicho acuerdo no puede interpretar otras disposiciones del Derecho de la UE distintas del propio CETA ni dictar laudos que impidan a las instituciones de la Unión actuar de conformidad con su marco constitucional. En este sentido, dicho tribunal no puede anular ninguna disposición del Derecho de la Unión sino únicamente conceder una compensación por razón de los daños irrogados por una determinada medida adoptada por las instituciones de la Unión. El CETA, por lo tanto, no permite cuestionar el derecho de sus Estados Parte a establecer regulaciones consistentes en medidas no discriminatorias dirigidas a proteger objetivos legítimos de bienestar público.

Además, el TJUE entiende que el establecimiento de estándares de protección más elevados o de un sistema específico de solución de controversias entre inversores y

Estados no vulnera el principio de igualdad (art 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), pues los mismos se prevén únicamente para los inversores extranjeros.

La Sentencia dictada en el asunto *Achmea* no deja claro cuáles son sus efectos respecto de los tratados multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores de los que sean parte varios Estados miembros de la UE y, particularmente, respecto del TCE.

## XVI

Los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores (o los acuerdos de libre comercio con capítulos de protección de inversiones) válidamente celebrados por España forman parte del ordenamiento interno desde el momento de su publicación en el BOE (art. 96.1 CE), siendo de obligado cumplimiento (Ley 25/2014).

Tales acuerdos deben ser conformes con la Constitución. De resultar contrarios a la misma procedería su inaplicación, más no su declaración de nulidad (a determinar con arreglo al Derecho internacional, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que pudiera incurrirse por razón de la antinomia).

Dichos acuerdos tienen en nuestro ordenamiento jurídico una posición suprallegal, si bien no desplazan a las leyes que resulten contrarias a los mismos toda vez que el Tribunal Constitucional ha declarado su falta de jurisdicción para efectuar un control de convencionalidad concentrado de las leyes, reconociendo al mismo tiempo la competencia de los tribunales ordinarios para realizar un control de convencionalidad difuso propio de las cuestiones de mera legalidad. Se trataría, en definitiva, de un problema de selección de la ley aplicable sujeto, en su caso, a los recursos jurisdiccionales que resultaren aplicables y, eventualmente, al amparo constitucional.

## XVII

Actualmente se ha puesto en entredicho la legitimidad del sistema de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados así como el ámbito de la protección que dicho sistema dispensa a los mismos en detrimento del poder de los Estados

huéspedes de aprobar nuevas regulaciones. Ello ha llevado a plantear, con carácter general, una reforma del Derecho internacional de inversiones.

Dicha reforma está dando lugar a una nueva generación de tratados que reconocen la capacidad de los Estados huéspedes de aprobar determinadas regulaciones, y que, en algunos casos, contemplan un sistema de solución de controversias entre inversores y Estados cuya administración se encomienda a tribunales especializados y permanentes y en el que se prevén mecanismos de apelación. Destacan aquellos acuerdos que, como el CETA, han sido promovidos desde la UE.

## XVIII

La influencia del Derecho internacional de inversiones sobre el ejercicio por las autoridades nacionales de la función de regulación es indudable toda vez que los laudos que declaran el incumplimiento por el Estado huésped de una inversión de los estándares de protección contemplados en los acuerdos bilaterales o multilaterales de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores o en los capítulos de protección de inversiones contenidos en los acuerdos de libre comercio hacen nacer la responsabilidad internacional de dicho Estado y, si bien aquéllos no tienen eficacia anulatoria de las medidas estatales de las que puedan resultar los daños irrogados a los inversores extranjeros, llevan asociada consigo habitualmente la condena al pago de importantes compensaciones económicas a su favor.

La necesidad de evitar incurrir en responsabilidad internacional hace que resulte altamente conveniente que los Estados huéspedes velen por hacer que sus marcos jurídicos internos sean coherentes con las obligaciones internacionales por ellos asumidas en virtud de los referidos acuerdos (atendida su condición de Derecho de clase), de forma que, ante un mismo hecho, independientemente del mecanismo de resolución de controversias y de los estándares que resulten de aplicación, los efectos jurídicos sean análogos.

El Derecho nacional debe ser conforme con las exigencias que dimanen de ordenamientos supraordenados como el Derecho de la UE o el Derecho internacional de protección de los derechos humanos, de forma que, ante un mismo hecho, independientemente del mecanismo de resolución de controversias y de los estándares que resulten de aplicación, sean unos mismos los efectos jurídicos.

Solo de esa manera resulta posible garantizar la seguridad jurídica, la ausencia de toda discriminación de las inversiones en función de la nacionalidad del inversor o de si están amparadas por un contrato o por una ley, y evitar la planificación / elección de la ley aplicable y del foro (*forum shopping*).

Para lograr dicha conformidad y sin perjuicio de la posible inclusión del estándar (relativo) de “trato nacional” en los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones exteriores como estándar de protección preferencial, cobra una particular importancia el control de la convencionalidad de las leyes, tanto concentrado como difuso, y el dialogo entre los distintos tribunales a los que se encomienda la aplicación de los diferentes sistemas de protección para hacer posible un sistema de tutela multinivel efectiva del derecho de propiedad privada. Los distintos regímenes de protección de las inversiones, nacionales e internacionales, deben operar conjuntamente como límite de un ejercicio inadecuado de la función de regulación por los poderes públicos que la tienen encomendada.

Dicha conformidad evitaría la actual discriminación de los inversores nacionales (o de los nacionales de otros Estados miembros de la UE) respecto de los inversores extranjeros, aun a costa de reducir para los estos últimos el atractivo de invertir en un determinado país.

## **XIX**

La derogación por el Real Decreto-ley 9/2013 del “régimen especial” de retribución de la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables y su sustitución por un nuevo régimen retributivo han sido declaradas conformes a Derecho por los tribunales de justicia españoles.

Si bien el Tribunal Supremo ya había declarado la conformidad a Derecho de diversas reformas del “régimen especial” realizadas con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha sido el Tribunal Constitucional (Sentencia 270/2015) el que, al resolver el oportuno recurso de inconstitucionalidad frente a dicha norma, ha dictado sentencia de conformidad por entender que la misma resulta compatible con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, no atenta contra el principio de seguridad jurídica, al tratarse de una reforma clara y precisa, ni contra el principio de confianza legítima, al encontrarnos

en un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa. A juicio del Tribunal Constitucional, la reforma queda dentro del margen de configuración del que dispone el legislador.

Sobre la base de la anterior doctrina, el Tribunal Supremo ha desestimado la práctica totalidad de los recursos interpuestos frente a las normas reglamentarias de desarrollo del Real Decreto-ley 9/2013 entendiéndolo que no violentan la garantía expropiatoria al limitarse a establecer una delimitación general del derecho del inversor a la obtención de una rentabilidad razonable y respetar su contenido esencial.

Pese a que los tribunales españoles no han planteado cuestión prejudicial alguna ante el TJUE por razón de la modificación en 2013 del régimen retributivo de la actividad de generación renovable, el Tribunal europeo ha terminado declarando la conformidad con el Derecho de la UE (concretamente, con el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho de propiedad, y con el principio de protección de la confianza legítima) de la reforma del régimen de incentivos de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables realizada en Italia, análoga a la española.

De esta manera, puede entenderse que tanto los tribunales nacionales (directamente) como el TJUE (indirectamente) han confirmado la validez del Real Decreto-ley 9/2013 y de su normativa de desarrollo e impedido el reconocimiento a los inversores nacionales del derecho a obtener una compensación por razón de la modificación del régimen retributivo de la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables vigente al tiempo en que ejecutaron sus inversiones con fundamento en el Derecho nacional (y en el de la UE).

Sin embargo, una parte sustancial de los inversores extranjeros (nacionales de otros Estados miembros de la UE, no obstante el debate acerca de la compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho de la UE de la cláusula de sumisión a arbitraje en virtud del TCE, o de terceros países) que realizaron inversiones para construir instalaciones de generación al amparo del “régimen especial” y que han formulado demandas arbitrales frente al Reino de España con fundamento en la infracción por dicho Estado del estándar de trato justo y equitativo que debe dispensar a dichas inversiones, han visto reconocido su derecho a obtener una compensación por razón del cambio normativo acaecido al poder entenderse que dicho cambio violenta el indicado estándar como consecuencia de haberse

defraudado las expectativas legítimas de los inversores consistentes en el mantenimiento en el tiempo de un régimen de incentivos aprobado específicamente con la finalidad de atraer inversiones.

Más allá de la posible incompatibilidad con el TFUE de los arbitrajes intra UE fundamentados en la infracción del TCE, pendiente de dirimirse ante el TJUE, lo cierto es que el Derecho nacional y el de la UE (incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), por una parte, y el Derecho internacional de inversiones, por otra, han ofrecido en estos casos soluciones diametralmente opuestas para un problema que es el mismo. Y ello, única y exclusivamente, como consecuencia de la nacionalidad del inversor y del tribunal al que se ha sometido la correspondiente controversia.

Además de la obvia discriminación de los inversores en función de su nacionalidad (*reverse discrimination*), sobre todo de aquellos que no hicieron uso del *forum shopping*, lo anterior plantea un relevante problema de coherencia entre los dos regímenes jurídicos de protección de inversiones en liza, pudiendo entenderse tanto que la interpretación del estándar de trato justo y equitativo realizada por algunos tribunales arbitrales -sobre todo en lo relativo al elemento de la protección de las expectativas legítimas de los inversores extranjeros- ha podido no tomar debidamente en consideración el “derecho” a regular de los Estados, como que la interpretación de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima o de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo (e, incluso, por el propio TJUE) ha sido excesivamente laxa en lo tocante al ejercicio del expresado “derecho”.

La derogación por el Real Decreto-ley 9/2013 del “régimen especial” contemplado en los Reales Decretos 661/2007 y 1578/2008, normas diseñadas con la finalidad de fomentar la inversión en la actividad de generación de electricidad a partir de fuentes renovables y con una clara vocación de permanencia en el tiempo, y su sustitución por un nuevo régimen retributivo, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, obedeció al continuado crecimiento del déficit tarifario y a la crisis económica generalizada.

Aunque el nuevo régimen retributivo instaurado por el Real Decreto 9/2013 mantiene el derecho del inversor a la obtención de una rentabilidad razonable, no puede afirmarse (al menos en la totalidad de los casos) que el mismo haya destruido



sustancialmente y de modo permanente el valor de la inversión y, por ende, que haya existido una expropiación indirecta.

Sin embargo, dicho régimen ha impuesto a los inversores una carga que, a nuestro juicio, podría no resultar conforme con la protección del derecho a la propiedad privada y haber requerido un régimen transitorio o algún tipo de compensación (Sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 1982, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*), lo que no ha sucedido.

Además y también a nuestro parecer, podría ponerse en entredicho el interés general justificativo de la reforma operada por el Real Decreto-ley 9/2013 y su normativa de desarrollo (al menos, el invocado en relación con el crecimiento desbocado del déficit tarifario) desde el momento mismo en que el Estado pudo intervenir en su génesis y adoptar medidas alternativas con las que hacer frente a la situación creada, pudiendo entenderse que no concurre la excepción de estado de necesidad como límite a la responsabilidad internacional del Estado.

En el anterior sentido y por último, podría entenderse que la actuación de los tribunales nacionales (y del TJUE) al enjuiciar la reforma podría haber, si no violentado, sí devaluado los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima en cuanto principios que, a nuestro juicio, debieran haber operado como límites de la labor del poder legislativo.

## XI.- BIBLIOGRAFÍA

### A) NACIONAL

ABRISKETA URIARTE, J. (2013). “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/1, pág. 73-99.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011), “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, págs. 9-47.

AHUMADA RUÍZ, M. (2001) “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 62, págs. 301-352.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2018), “Artículo 96”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS, M.E., *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, BOE/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional), págs. 364 y ss.

ALENZA GARCÍA, J. F. (2016): “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, págs. 3-22.

ALENZA GARCÍA, J.F. (2014), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi Thomson Reuters.

ALONSO GARCÍA, R. (2020), “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 13-51. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>.

ALONSO GARCÍA, R. (2005), *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas.

ALONSO MAS, M.J. (2017) “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: el caso Eiser contra España”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº. 69, págs. 8-25.

ARANA GARCÍA, E. (2014): “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables” en ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.): *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 133-156.

ARAÚJO BARCELÓ, A. (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*, núm. 10, págs. 35-42.

ARIÑO, G. y GUAYO CASTIELLA, I. Del, (2017) ¿Qué fue de los principios inspiradores de la liberalización energética, veinte años después de su iniciación?, *Cuadernos de energía*, núm. 53, págs. 35-42.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2020), “Cambios normativos y litigiosidad en el ámbito de la regulación española de las energías renovables: estado de situación”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y IBLER, M. (Coords.) *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético 2020*, ISBN 978-84-9123-757-0, págs. 103-114

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2016), “Reguladores independientes y Estado democrático: ¿partitocracia versus tecnocracia?”, *Temas para el debate*, núm. 261-262 (agosto-septiembre), págs. 14-16.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2009), “La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 16, págs. 185-194.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2006) “El derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el Derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas”, *Manuales de formación continuada*, núm. 38, págs. 189-222.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2003) “Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado”, *Documentación administrativa*, núm. 263-264, págs. 105-135.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. (2016), “STS de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011) [Caso de la limitación de la retribución primada de las energías renovables]” en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. y PAREJO ALFONSO, L. (Coords.) *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Iustel, págs. 544-551.

BAÑO LEÓN, J.M. (2016), "Cave legislatorem": Confianza en el legislador de interés general, en CASTRO-GIL AMIGO, J. *Riesgo regulatorio en las energías renovables, Vol. 2*, págs. 81-102.

BAÑO LEÓN, J.M. (2008) “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo”, en VV.AA. *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo Vol. 2*, Ed. El Justicia de Aragón, págs. 1781-1796.

BARCELONA LLOP, J. (2011), “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, págs. 49-87.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L. (2015): “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables, Vol. I*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 191-217.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1998) “El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, págs. 15-50.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.) (1996) *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1995) “El derecho a la propiedad en la Constitución española de 1978”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.) *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1994) “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, págs. 495-538.

BEDOYA, F. y RAMÍREZ, J.L. (2016) “Un sistema de corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: Ventajas y desventajas”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 26/2016.

BELTRÁN DE FELIPE, M. (2008) “¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAPPAC?: El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustituto de la legislación interna”, en AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo* Vol. 1, págs. 463-496.

BERMEJO VERA, J. (2010): “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer – La Ley, págs. 73-109.

BETANCOR, A. (2010) *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Civitas-Thomson Reuters.

BETANCOR, A. (2009) *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons.

COBREROS MENDAZONA, E. (2018) “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, págs. 421-476.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016) “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs. 315-339.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015) *Responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea*, Iustel; GONZÁLEZ CUETO, T. y BLANQUE REY, L. (2017) “La responsabilidad patrimonial del estado por vulneración del derecho de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 9047.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. y CARRO DE MIGUEL, C. (2021), “Liberalización y protección en el régimen de las inversiones extranjeras directas: desarrollos normativos recientes en Europa y en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 58.

COLINA GAREA, R. (1997), *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2016), “El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, págs. 103-120.

CREMADES, B.M. (2006), “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, *Business Law International* nº 7, págs. 53 y ss.

CRUZ FERRER, J. DE LA (2002), *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. (2016), “El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº. 25, págs. 9-30.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. (2013), “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados de Tribunal Constitucional*, págs. 57-130.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018) “La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº. Extra 31, págs. 411-430.

ESTEVE PARDO, J. (2020), “Del Estado prestacional al Estado garante. La evolución regulatoria de los servicios de interés general”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y IBLER, M. (Coords.) *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, págs. 37-55.

ESTEVE PARDO, J. (2015) *Estado garante: idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública.

ESTEVE PARDO, J. (2015) “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197 págs. 11-39.

ESTEVE PARDO, J. (2014), “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad”, en PRESNO LINERA, M. (Coord.) *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* núm. 8, Junta General del Principado de Asturias, págs. 83-120.

ESTEVE PARDO, J. (2012), “Sobre la estabilidad de la regulación. Fórmulas de equilibrio y frentes de riesgos”, en *Cuadernos: (Círculo cívico de opinión)*, núm. 4, 2012, págs. 19-26.

ESTEVE PARDO, J. (2010), “La regulación de industrias y de "public utilities" en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Derecho de la regulación económica Vol. 1 (Fundamentos e instituciones de la regulación)*, págs. 293-348.

ESTEVE PARDO, J. (2010), “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Derecho de la regulación económica Vol. 1 (Fundamentos e instituciones de la regulación)*, págs. 387-405.

ESTEVE PARDO, J. (2010), “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Derecho de la regulación económica Vol. 1 (Fundamentos e instituciones de la regulación)*, págs. 881-921.

ESTEVE PARDO, J. (2010), “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, págs. 295-307.

ESTEVE PARDO, J. (2009), “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20.

ESTEVE PARDO, J. (2007) “La regulación de la economía desde el Estado garante”, en *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos Académicos y profesionales*. AEPDA, Thomson Aranzadi.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2017), “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, nº. 2, págs. 666-676.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2012), “El Tratado de Lisboa y el futuro de los Acuerdos para la promoción y protección de inversiones en Europa”, en ESPLUGUES MOTA., C., PALAO MORENO, G., PENADÉS FONTS, M.A. (Coords.) *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum : José Luis Iglesias Buhigues*, págs. 329-352.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2008), *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014): “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, núm. 2, págs. 369-397.

FERNÁNDEZ PONS, X. (2018) “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros: comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2019) “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La Ley Unión Europea*, nº 68.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2016), “Indemnización por los cambios normativos en relación con las energías renovables: improcedencia”, *Diario La Ley*, núm. 8750, págs. 1-11.

GALÁN VIOQUE, R. (2001), *La responsabilidad del Estado legislador*, CEDEC.

GALLEGO ANABITARTE, A. (2006), “Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales”, *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 225.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2014) “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 43-44, págs. 9 a 70.



GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2014), “La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, págs. 79-111.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007) *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005) “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional”, *Revista de Administración Pública*, nº 166, págs. 99-147;

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2002), “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, págs. 173-208.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141.

GARCÍA LUENGO, J. (2002), *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas.

GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P. (2013), *Los reglamentos de las Administraciones independientes*, Civitas-Thomson Reuters.

GARCÍA ROCA, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson Reuters.

GOERLICH PESET, J.M. (2021) “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, Nº. 1, 4-17. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>, págs.4-17.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2003), *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, INAP-Marcial Pons.

GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016), “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, págs. 381-429.

GONZÁLEZ CUETO, T. y BLANQUE REY, L. (2017) “La responsabilidad patrimonial del estado por vulneración del derecho de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 9047.

GORDILLO PÉREZ, L.I. (2017) “La europeización de la responsabilidad patrimonial del Estado: las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos en casos de privación de la propiedad”, en Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G. (Coords.) *Culpa y responsabilidad*, págs. 423-445

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2018) “La regulación y sus tareas”, en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A.M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (Coords.) *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Vol. 2 (Capítulo II Estado social y administración pública)*, págs. 1505-1526.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2017) *Regulación*, Marcial Pons.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2017) ““Better and smart regulation”: Los principios de la buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público”, en LAGUNA DE PAZ, J.C., SANZ RUBIALES, I., y MOZOS TOUYA, I. DE LOS (Coords.) *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz Vol. 1, Tomo 1 (El ser de la Administración Pública)*, págs. 451-470.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2016) “Regulación y Derecho Administrativo”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado, Vol. 3, (Tomo III)*, págs. 2219-2235.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2014) “El marco jurídico internacional comunitario de las energías renovables en la regulación de las energías renovables ante el cambio climático”, en ALENZA GARCÍA J. F. (Dir.) *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 133-156.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2012) “Seguridad jurídica y cambios regulatorios: (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los

procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, págs. 217-254.

GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2006), “La regulación económica como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, págs. 227-254.

GUILLÉN LÓPEZ, E. (2018), “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 42, págs. 335-270.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.I. (2018) “El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones”, en BARNÉS, J. (Coord.) *Entre tribunales: libro homenaje a Pablo García Manzano*, págs. 239-269.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.I. (2017) “Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones”, *Revista Electrónica de Direito. RED*, nº. 1.

HUERGO LORA, A.J. (2016), “Derecho de la Competencia: cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 3 (Tomo III), págs. 2283-2312.

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2020), “La defensa de la Constitución ante el derecho administrativo global como categoría sistemática”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, págs. 157-200.

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018), “El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global”, *Revista de Administración Pública*, núm. 206, págs. 291-318.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2020), “Aplicación del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S., y STAMPA CASAS, G. (Eds.) *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, págs. 767-784.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2020), “Belenergia c. Italia: el arbitraje de inversiones intra-UE en el escenario post-Achmea y la interpretación del trato justo y equitativo en el marco de los recortes en el sector de la producción eléctrica fotovoltaica en Italia”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº. 1 (enero-marzo).

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2019), “Dictamen 1/17 del TJUE: la homologación del nuevo modelo de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS) impulsado por la Unión Europea”, en *La Ley Unión Europea*, número 70.

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

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. (2018) “Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 59, págs. 219-262.

IRURZUN MONTORO, F. (2013), “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española”, en QUERALT JIMÉNEZ, A. (Coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, págs. 131-162.

JIMENA QUESADA, L. (2019). “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, págs. 434-461.

JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2001), “La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto *exrey de Grecia y otros c. Grecia*), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, Enero-diciembre 2001, págs. 239-264

JIMÉNEZ PIERNAS, C. y PASCUAL VIVES, F.J. (2015), “La tutela judicial del principio de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, en VV.AA. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 73-162.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “Incidencia del cambio normativo en la situación jurídica de los operadores de telecomunicaciones”, en GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (Dir.) (2017) *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* págs. 949-976.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “La regulación, sus fallos y alternativas”, en MÍGUEZ MACHO, L. y ALMEIDA CERREDA, M. (Coords.) (2017), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor* / Vol. 2, págs. 535-552.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016) “Administraciones independientes”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) (2016) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* Vol. 1, págs. 783-806.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016) *Derecho administrativo económico*, Civitas.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2011) “Autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales: A propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2011, págs. 151-158.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2010) “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 145, págs. 87-111.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2010), “El principio de protección de la confianza”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer – La Ley, págs. 1167-1205.

LÓPEZ MENUDO, F. (2010), “El principio de irretroactividad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer – La Ley, págs. 141-176.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. (2017), “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2016), “Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas

soluciones para un mismo problema...” en VV.AA. *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 185-213.

MAGIDE HERRERO, M. (2003), “La potestad reglamentaria de las administraciones independientes: sus límites constitucionales”, en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, págs. 281-294.

MAGIDE HERRERO, M. (2000), *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

MALARET I GARCÍA, E. (2007) “Administración Pública y regulación económica” en *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos Académicos y profesionales*. AEPDA, Thomson Aranzadi.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2017), “El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, págs. 235-269.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2015), “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/2013 ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, págs. 825-869.

MARTÍN PALLÍN, J.A. (2015) “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, en VV.AA. *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 219-241.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1999), “La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, págs. 247-274.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1997), “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, págs. 7-44.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1987), “La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional”, en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (Coord.) y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Dir.), *Estudios de derecho y hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana Vol. I*, págs. 241-272.

MARTÍN REBOLLO, L. (2016) “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho Europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs.173-192.

MÉNDEZ TOJO, R. (2015), “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿una reforma legal necesaria?”, *Diario La Ley*, nº 8639.

MINGORANCE MARTÍN, C. (2013): “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, págs. 137-185.

MIR PUIGPELAT, O. (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) “El control de la actividad administrativa de regulación”, en GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (Dir.) *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, págs. 977-1000.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2016) *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2014) “La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12, págs. 23-44.

MONTERO PASCUAL, J.J. (2013) “Regulación económica y derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, en RUÍZ OJEDA, A.L. (Dir.) *Fundamentos de regulación y competencia: (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, págs. 81-111.

MORALES PLAZA, A. (2015) “Incidencia de los cambios regulatorios energéticos en los contratos de financiación”, RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2015*, Civitas Thomson Reuters.

MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (2017) “The Convergence of Recent International Investment Awards and Case Law on the Principle of Legitimate Expectations: Towards Common Criteria Regarding Fair and Equitable Treatment?”, *European Law Review*, nº 3, págs. 402-419.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M. (1989), “La ejecución de las Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, núm. 15, págs. 53-92.

MUÑOZ MACHADO, S. (2017), “Regulaciones lesivas e indemnización”, en PAREJO ALFONSO, L.J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.) *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* / Vol. 1, págs. 873-899.

MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, págs. 195-230.

MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, págs. 141-172.

MUÑOZ MACHADO, S., (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, 4ª. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

MUÑOZ MACHADO, S. (2015). “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50.

MUÑOZ MACHADO, S. (2011), “Regulaciones económicas y despojos patrimoniales: (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorro)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 19, págs. 66-82.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) (2019), *Derecho de la regulación económica*, Iustel.

MUÑOZ MACHADO, S. (2010), “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica Vol. 3, Tomo 1 (Sector energético)*, págs. 17-52.



MUÑOZ MACHADO, S. (2009), “Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20.

MUÑOZ MACHADO, S. (2009), “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *Fundamentos e instituciones de la regulación. Colección Derecho de la regulación económica. Tomo I*, Iustel.

MUÑOZ MACHADO, S. (1988) “El planeamiento urbanístico”, en *Tratado de Derecho Municipal, T. II*, Civitas, págs. 1728 y ss.

NARBÓN FERNÁNDEZ, J. (2014) “La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales (En especial la perspectiva de los votos particulares)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 35, págs. 7 y ss

NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2016), “El nuevo Derecho Administrativo global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42.

NIÑO ESTÉBANEZ, R. (2019) *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch.

PAREJO ALFONSO, L.J. (2017), “El Riesgo Regulatorio. La doctrina sentada por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional federal Alemán del 6 de diciembre de 2016, a propósito del abandono de la utilización de la Energía Nuclear”, en GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (Dir.) *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, Universidad Externado de Colombia, págs. 225-266.

PASCUAL VIVES, F.J. (2011) “Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 40, págs. 441-489.

PASTOR PALOMAR, A. (2006) “Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 58, nº 1.

PÉREZ REVUELTA, I. (2017), “¿Riesgo o fallo regulatorio? Los «recortes» a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea”, en PÉREZ REVUELTA, I. (Dir.) *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 405-451.

PLASENCIA SÁNCHEZ, F. (2014) “Riesgo regulatorio y energías renovables”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas Thomson Reuters.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020) “Tratados de inversión y mutación del derecho público: ¿derecho público transnacional?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 212, págs. 13-54.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2020) “Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa: (A propósito del libro de Gómez Ferrer Rincón sobre «La desvinculación como técnica de regulación»)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 211, págs. 255-270.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2016), “Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes público”, en CASTRO-GIL AMIGO, J. (Coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Vol. 2, págs. 29-80.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2010), “Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores energéticos: conferencia”, en SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Coords.), *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, págs. 163-182.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2009), “Los Costes de Transición a la Competencia: un modelo de transición al mercado”, en BECKER ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L.M., MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., SALA ARQUER, J.M. (Coords.), *Tratado de regulación del sector eléctrico* Vol. 1 (Aspectos jurídicos), págs. 111-143.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (2000), “Constitución y modelo económico liberalizador”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 9, págs. 27-46.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA (1998), “El servicio universal en un marco de liberalización”, *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, núm. 74, págs. 63-74.

REQUENA CASANOVA, M. (2019), “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*?””, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 42.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2008): “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 17.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2014), “Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, nº 8444.

RUÍZ MIGUEL, C. (1997), *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos.

RUÍZ LÓPEZ, M.A. (2016) “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo III, págs. 2783-2805.

RUÍZ OJEDA, A.L. (Dir.) y ZAMORA ROSELLÓ, M.R. (Coord.) (2017), *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, Universidad de Málaga (UMA), 2ª ed.

RUÍZ OJEDA, A.L. (2013), “Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva: una aproximación histórico-crítica”, en RUÍZ OJEDA, A.L. (Dir.) *Fundamentos de regulación y competencia: (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, págs. 211-270

RUÍZ OJEDA, A.L. (2013), “Una reflexión final: derecho, economía...y ¿política?”, en RUÍZ OJEDA, A.L. (Dir.), *Fundamentos de regulación y competencia: (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, págs. 271-274

RUÍZ OJEDA, A.L. (2011), “La regulación económica y sus eslabones perdidos”, en DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y VILLAR ROJAS, F.J., *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, págs. 1197-1225.

RUÍZ OLMO, I. y DELGADO PIQUERAS, F. (2014), “La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 59-96.

SALLÉ ALONSO, C. (2012), “El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico”, *Papeles de Economía Española*, núm. 134, págs. 101-116.

SÁNCHEZ FRÍAS, A., PEÑA DÍAZ, F. (Coords.), SALINAS DE FRÍAS, A. Y MARTÍNEZ PÉREZ E.J. (Dir.) (2018), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch.

SANTOS LAGO, C. DE LOS, ARANA, S. e IGLESIAS GALLARDO, J.L. (2011), “Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero”, *Cuadernos de Energía*, núm. 30, págs. 5-10.

SARRIÓN ESTEVE, J. (2017), “Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, págs. 915-947.

SEGURA SERRANO, A. (2017), “Renovación y crisis de la política comercial común de la Unión Europea: el Dictamen 2/15”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 43.

SOLER TAPPA, E. (2014), “Distintas cuestiones relacionadas con los contratos de suministro de energía eléctrica. Especial referencia a la traslación sobre el precio del contrato de los incrementos que normativamente se producen sobre los componentes regulados del precio de la energía. Los pagos por capacidad”, en RECUERDA GIRELA,

M.A. (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas Thomson Reuters.

SOSA WAGNER, F. (2004), “Servicio público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, págs. 125-149.

TORNOS MAS, J. (2014), “La potestad normativa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en CARLÓN RUIZ, M. (Dir.) *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, págs. 787-808.

TORNOS MAS, J. (2012) “La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández Vol. 1*, págs. 2365-237.

URBANEJA CILLÁN, J. (2019), “La progresiva incorporación de los derechos humanos y los objetivos de desarrollo sostenible al derecho internacional de las inversiones. Especial referencia al caso Philip Morris vs. Uruguay”, en URBANEJA CILLÁN, J. (Coord.), y DÍAZ BARRADO, C.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. y PEREIRA COUTINHO, F. (Dir.), *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, págs. 277-308.

VELASCO CABALLERO, F., y BACIGALUPO SAGGESE, M. (1995), “Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85.

VV.AA. (2010) *Manual de Responsabilidad Pública*, Aranzadi.

YÁÑEZ CAÑAS, C. (2017) “El principio de confianza y las energías renovables”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 928, pág. 7.

## **B) EXTRANJERA**

BARBOU DES PLACES, S., CIMIOTTA, E., y SANTOS VARA, J. (2019) “Achmea Between the Orthodoxy of the Court of Justice and Its Multi-faceted Implications: An

Introduction”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, núm. 1, págs. 7-17.

BOISSON DE CHAZOURNES, L. y MCGARRY, B. (2015), “Constitutional Law and the Settlement of Investor-State Disputes: Some Interplays”, *Shielding Humanity, Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Leiden | Boston.

BOISSON DE CHAZOURNES, L. y MCGARRY, B. (2014), “What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration?”, *The Journal of World Investment & Trade*, núm. 15.

BRAUNEIS, R. (1996) “The Foundation of Our 'Regulatory Takings' Jurisprudence: The Myth and Meaning of Justice Holmes's Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*”, *Yale Law Journal*. 106, pág. 613-702.

BREWER-CARIÁS, A.R. (2017) “Derecho Administrativo y el Control de Convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 67, núm. 268, págs. 107-144.

BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. y REINISCH, S. (2015), *International Investment Law*, Hart.

BURKE-WHITE, W. (2010), “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford.

CENTENO HUERTA, S. y KUPLEWATZKY, N. (2019) “On Achmea, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and What Lies Ahead”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, núm. 1, págs. 61-78.

DAMJANOVIC, I. y SADELEER, N. DE (2019) “I Would Rather Be a Respondent State Before a Domestic Court in the EU than Before an International Investment Tribunal”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, núm. 1, págs. 19-60.

DE BRABANDERE, E. y GAZZINI, T. (2014), *Foreign Investment in the Energy Sector*, Brill/Nijhoff.

DESIERTO, D. (2015), *Public Policy in International Economic Law*, Oxford University Press.

DI ROSA, P (2004) ‘The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues’, *University of Miami Inter-American Law Review*, nº 36, págs. 41-74.

DOAK R., BISHOP R., CRAWFORD, J.R. Y REISMAN, W.M. (2014), *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentary*, Kluwer Law International.

DOLZER, R. y SCHREUER, C. (2012), *Principles of International Investment Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press.

DOUGLAS, Z., PAUWELYN, J. y VIÑUELAS (2014), J.E., *The Foundations of International Investment Law*, Oxford University Press.

DOUGLAS, Z. (2012), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge.

DUMBERRY, P. (2016), “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, *Journal of International Dispute Settlement*.

ECKES, C. (2019) “Some Reflections on Achmea’s Broader Consequences for Investment Arbitration”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, núm. 1, págs. 79-97.

FRANCK, S.D. (2005), “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, núm. 73.

GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y. (2015) “The Long March towards a Jurisprudence Constance on the Notion of Investment”, en KINNEAR, M. et. al. (Ed.), *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID*, ICSID/Wolters Kluwer, págs. 97-125

GÁSPÁR-SZILÁGYI, S. (2018), “It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 3, núm. 1, págs. 357-373.

GATTI, M. (2019) “Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, núm. 1, págs. 109-121

GIORGETTI, C. (2014), *Litigating International Investment Disputes*, Brill/Nijhoff.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. (2017), “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 1, págs. 55-98.

GRABOWSKI, A. (2014) “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*, 15, 1, artículo 13, págs. 287-309.

HAI YEN, T. (2014), *The Interpretation of Investment Treaties*, Brill/Nijhoff.

HENCKELS, C. (2015), *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge.

KALICKI, J.E. y JOUBIN-BRET, A. (Dirs.) (2015), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill/Nijhoff.

KINGSBURY, B. y SCHILL, S.W. (2010), “Public law concepts to balance investors’ rights with state regulatory actions in the public interest and the concept of proportionality”, en SCHILL, S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford.

KULICK, A. (2012), *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge University Press.

LALANI, S. y POLANCO, R. (2014), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill/Nijhoff.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. (2019) “The Sun behind the clouds? Enforcement of renewable energy awards in the EU”, *Transnational Environmental Law*, 8:2, Cambridge University Press, págs. 279-302.

MILES, K. (2015), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press.

MONTT, S. (2009) *State Liability in Investment Treaty Arbitration – Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Bloomsbury.



MOON, C. (2015), “Foreign direct investment, commitment institutions, and time horizon: How some autocrats do better than others”, *International Studies Quarterly*, Vol. 59, n.º. 2, págs. 344-356.

MUCHLINSKI, P.T., ORTINO, F. y SCHREUER, C. (Ed.) (2008), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press.

NEWCOMBE, A. y PARADELL, L. (2009) *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Wolters Kluwer.

NUNES VICENTE, M. (2020), “Property Rights and Legitimate Expectations Under United States Constitutional Law and the European Convention on Human Rights: Some Comparative Remarks”, *Comparative Law Review*, núm. 26.

PEÑAILILLO ARÉVALO, S. (2014), “La regulación constitucional de la propiedad en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho* n.º 235-236, págs. 7-24.

POTESTÀ, M. (2013), “Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept”, *ICSID Review*, núm. 28.

REINISCH A. (2010), “Necessity in Investment Arbitration”, *Netherlands yearbook of international law*, n.º. 41, págs. 137-158.

RODRÍGUEZ, L. (2016), “El Derecho Administrativo Transnacional o Global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ J.I. (Coords.) *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP.

SALACUSE, J.W. (2015), *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press.

SALACUSE, J.W. (2013), *The Three Laws of International Investment*, Oxford University Press.

SATTOROVA, M. (2018), *The impact of Investment Treaty Law on Host States. Enabling good governance?* Hart Publishing, Bloomsbury.

SCHILL, S.W., TAMS, C.J. y HOFMANN, R. (Eds.) (2018), *International Investment Law and History*, Edward Elgar Publishing.

SCHILL, S.W. (2011) “System-building in investment treaty arbitration and lawmaking”, *German Law Journal*, Vol. 12, n°. 5-6, págs.1083-1110.

SCHILL, S.W. (Ed.) (2010), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press.

SCHNEIDERMAN, D. (2008) *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge.

SCHREUER, C.H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A. (2009), *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª Ed., Cambridge.

SHAN, W. (2007), “From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, n° 27, págs. 631-664.

SHAN, W. (2007) “Is Calvo Dead?”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, n°. 1, págs. 123-163.

SHAPIRO, S.A. (2017), “Talking about Regulation: Political Discourse and Regulatory Gridlock”, en *Wake Forest Journal of Law & Policy*, Vol. 7, núm. 1 págs. 1-38.

SHAPIRO, S.A. (2002), “International Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability”, *Administrative Law Review*, Vol. 54, núm. 1, págs. 435-458.

SIGRON, M. (2014), *Legitimate expectations under article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights*, Intersentia.

SIPIORSKI, E. (2019), “Conflicting Conceptions of Constitutionalism: Investment Protection from the European Union and International Perspectives”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, núm. 2, págs. 219-236.

SORNARAJAH, M. (2017), *The International Law on Foreign Investment*, 4ª Ed., Cambridge.

SOURGENS, F.G. (2014), *A Nascent Common Law*, Brill/Nijhoff.

STARNER, G.M. (2002) “Taking a Constitutional Look: NAFTA Chapter 11 as an Extension of Member States' Constitutional Protection of Property”, *Law and Policy in International Business*, 33, Vol. 2, Georgetown University Law Center, págs. 405-436.

STERK, S.E., (2004), “The Federalist Dimension of Regulatory Takings Jurisprudence”, en *Yale Law Journal*, núm. 114, pág. 203-271.

STRAUSZ, R. (2011) “Regulatory risk under optimal monopoly regulation”, *The Economic Journal*, 121, Oxford University Press, págs. 740-762.

TOLLEFSON, C. (2002), “Games Without Frontiers: Investor Claims and Citizen Submissions Under the NAFTA Regime”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, págs. 141-192.

VAN ERP, J.H.M. (2006) *European and national property law: Osmosis or growing antagonism?* Europa Law Publishing.

VAN HARTEN G. (2013), *Sovereign Choices and Sovereign Constraints*, Oxford University Press.

VAN HARTEN G. (2008), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press.

VAN HARTEN, G. y LOUGHLIN, M. (2006), “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law*, núm. 17, págs. 121-150.

**ANEXO 1. CASOS DE ARBITRAJE DE INVERSIONES INICIADOS FRENTE AL REINO DE ESPAÑA POR POSIBLES VIOLACIONES DEL TCE**

- *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14
- *Charanne B.V. and Constructions Investments S.à.r.l v. Spain*, SCC Case No. V (062/2012)
- *CSP Equity Investment S.à.r.l. v. Spain*, SCC Case No. 094/2013
- *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain*, SCC Case V (2013/153)
- *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30
- *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31
- *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36
- *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1
- *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11
- *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12
- *REENERGY S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18
- *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34
- *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1
- *STEAG GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/4
- *Alten Renewable Energy Developments B.V. v. Spain*, SCC No. 2015/036
- *9REN Holding S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15
- *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16
- *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20
- *Matthias Kruck and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23

- *KS Invest GmbH and TLS Invest GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/25.
- *JGC Corporation v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/27
- *Cavalum SGPS, S.A. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/34
- *E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH and E.ON Iberia Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/35
- *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36
- *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38
- *Hydro Energy 1 S.à.r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42
- *Watkins Holdings S.à.r.l. and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44
- *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45
- *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Spain*, SCC Case No. 2015/063
- *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and others v. Spain*, SCC Case No. 2015/150.
- *Solarpark Management GmbH & co and Atum I KG v. Spain*, SCC Case No. 2015/163
- *Eurus Energy Holdings Corporation and Eurus Energy Europe B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4
- *Gilatz Spain S.L., Aharon Naftali Biram, Redmill Holdings Ltd., and Sun-Flower Olmeda GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/17
- *Infracapital F1 S.à.r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18
- *Sevilla Beheer B.V. and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27
- *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain*, SCC Case No. 2016/135
- *Portigon AG v. Spain*, ICSID Case No. ARB/17/15
- *DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/17/41
- *Freif Eurowind Holdings Ltd. v. Spain*, SCC Case No. 2017/060
- *Triodos SICAV II v. Spain*, SCC Case No. 2017/194

- *EDF Energies Nouvelles v. Spain*, UNCITRAL ad hoc case.
- *Itochu Corporation v. Spain*, ICSID Case No. ARB/18/25
- *EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) and Tubo Sol PE2 S.L. v Spain*, ICSID Case No. ARB/18/42
- *European Solar Farms A/S v. Spain*, ICSID Case No. ARB/18/45
- *Canepa Green Energy Opportunities I S.á.r.l. and Canepa Green Energy Opportunities II S.á.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/19/4
- *Saptec S.A. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/19/23
- *VM Solar Jerez GmbH and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/19/30
- *Mitsui & Co., Ltd. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/20/47.