

“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*”

“THE ECONOMIC SUPPORT FOR RENEWABLE ENERGIES IN SPAIN AND THE ENERGY CHARTER: THE *EISER CASE AGAINST SPAIN*”

Autora: María José Alonso Mas. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

Resumen:

El *caso Eiser* constituye la primera condena a España como consecuencia del nuevo régimen retributivo de las energías renovables. Si bien el laudo tiene en cuenta que, en las circunstancias del caso, las inversiones de los demandantes han quedado sustancialmente desprovistas de rentabilidad y valor, su enseñanza más importante es que el derecho a un trato justo y equitativo comporta la exigencia de una cierta estabilidad regulatoria; de forma que la confianza legítima de los inversores actúa como límite al riesgo regulatorio y no a la inversa, que es como se ha venido concibiendo hasta ahora el riesgo regulatorio por el Tribunal Supremo.

Abstract:

The *Eiser case* constitutes the first international report against Spain as a result of the new remuneration system for renewable energies. Although the report takes into account that, in the circumstances of the case, the applicants' investments have been substantially devoid of profitability and value, its most important teaching is that the right to fair and equitable treatment entails the requirement of some stability Regulatory; So that legitimate investor expectation acts as a limit on regulatory risk and not on the reverse, which is how the regulatory risk has been conceived so far by the Supreme Court.

Palabras clave: financiación de las energías renovables; confianza legítima; trato justo y equitativo; riesgo regulatorio

Keywords: Financing of renewable energies; Legitimate expectations; Fair and equitable treatment; Regulatory risk

Sumario:

- 1. Introducción**
- 2. Antecedentes inmediatos del caso Eiser: los casos Charanne e Isolux Corsán**
- 3. El caso Eiser contra España**
 - A) Planteamiento**
 - B) Los rasgos esenciales del nuevo sistema retributivo y su incidencia sobre el derecho del inversor a un trato equitativo y justo**
 - a) El cambio sustancial en los elementos a tener en cuenta para tener derecho a retribución: De la prima a la producción a la eficiencia en costes calculada de forma estandarizada**
 - b) La sustancial disminución de la retribución razonable**
- 4. Conclusiones**

Summary:

- 1. Introduction**
- 2. Immediate antecedents of the Eiser case: The Charanne and Isolux Corsán cases**
- 3. The Eiser case against Spain**
 - A) Approach**
 - B) The essential features of the new remuneration system and its impact on the investor's right to fair and equitable treatment**
 - a) The substantial change in the elements to take into account to be entitled to remuneration: From the premium to production to the standardized cost efficiency**
 - b) The substantial reduction of remuneration**
- 4. Conclusions**

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que el régimen de apoyo a las energías renovables establecido por el RD 661/2007 sufrió numerosos recortes en los años sucesivos, el sistema siguió siendo un régimen de apoyo basado en la cantidad de energía producida¹.

¹ Puede verse ALONSO MAS, M.J., “El régimen de apoyo a la producción de energías renovables tras la Ley 24/2013”, en *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, volumen colectivo dirigido por la profesora Inmaculada Revuelta Pérez que se publicará próximamente por Editorial Thomson-Reuters; y la bibliografía allí citada.

La situación cambió radicalmente primero con el Real Decreto Ley 9/2013 y después con la Ley 24/2013, que asumió la regulación de aquél; así como con el RD 413/2014, la Orden IT 1045/2014 y la normativa posterior². Estas normas, como es sabido, establecieron en primer lugar un régimen de incentivos que pivotan básicamente sobre la potencia instalada; y que buscan, conforme al art. 14-7 de la Ley, la cobertura de los costes de inversión y, cuando fuera preciso, de los costes de operación, si bien se indica que pretende además asegurarse una rentabilidad razonable.

En segundo lugar, si bien utilizan el concepto de rentabilidad razonable, al igual que lo hacía el art. 30 de la Ley 54/1997, dicho concepto se entiende de modo distinto; en la medida en que el parámetro de referencia es el rendimiento medio de las obligaciones del Estado a diez años incrementado en un diferencial. Esto arroja, antes de impuestos, una rentabilidad de aproximadamente el 7,4 por ciento; bastante alejada de lo que podían esperar las instalaciones bajo el régimen precedente. Y ello tiene su lógica; porque las obligaciones del Estado a diez años son propias de inversiones esencialmente conservadoras, donde se asume normalmente un riesgo reducido pero donde tampoco es muy elevado el rendimiento.

En tercer lugar, lo anterior viene además ligado al hecho de que la normativa actualmente vigente parte del concepto de instalación eficiente y bien gestionada; pero, para determinar cuándo una instalación resulta eficiente y bien gestionada, se utilizan unos criterios bien diferentes a los que podían deducirse de la legislación anterior: Como hemos visto, en ésta se primaba la capacidad de producción; o lo que es lo mismo, se primaban las instalaciones que, aunque resultaran más caras, fueran más productivas. Este modelo de instalación, cara pero productiva, no es el que fomenta la normativa actualmente vigente: Muchas instalaciones con estas características se considerarán ahora ineficientes; y por tanto, sin derecho a retribución o con una retribución que en absoluto les permita siquiera cubrir los costes.

Y, en cuarto lugar, todo lo anterior se agrava porque no se utilizan datos reales de las instalaciones, sino que se acude a costes de inversión y de funcionamiento de tipo estándar; así como a ingresos estandarizados. Y todo ello, por referencia a un nuevo concepto, el de instalación tipo; de forma que a cada instalación tipo corresponden unos ingresos y costes estándar que serían los propios de una instalación eficiente y bien gestionada. Por tanto, en la medida en que la estandarización sea imperfecta o no responda a la realidad, el sistema se habrá venido abajo.

² Ya se ha recurrido la Orden 310/2017, que actualiza los parámetros retributivos; por considerar las empresas afectadas que los precios estimados de mercado en ella previstos se encuentran distorsionados.

Por último, pero no menos importante, el sistema no sólo se aplica a las nuevas instalaciones, sino que también se aplica a las anteriores. Precisamente, uno de los parámetros definatorios de la instalación tipo es la fecha de su puesta en funcionamiento. Y es que, efectivamente, la nueva regulación, si bien limitadamente, es retroactiva: Para las antiguas instalaciones, se tiene en cuenta la retribución percibida bajo el sistema anterior; y, si dicha retribución ya percibida es igual o superior a la que correspondería a la instalación a lo largo de su vida útil conforme al nuevo sistema, nada le corresponderá percibir con arreglo al mismo, aunque tampoco –faltaría más- tiene que devolverse el exceso, si la retribución ya percibida fuera superior a la que ahora correspondería.

Lo cierto es que las normas con rango de ley han ido superando el test de constitucionalidad. Dejando aparte recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial, la STC 270/2015 y las que siguen su doctrina, han ratificado la plena constitucionalidad del nuevo sistema; pese a que se alegaba que nos encontramos ante un cambio sorpresivo, sin régimen transitorio alguno, que infringiría la seguridad jurídica y la confianza legítima de quienes realizaron sus inversiones confiando en el antiguo sistema. Por su parte, el Tribunal Supremo, en incontables sentencias, ha ratificado la legalidad tanto del RD 413/2014 como de la Orden de parámetros; salvo en lo relativo a las instalaciones de purines, donde se ha declarado la nulidad de estas normas por considerar que los parámetros establecidos conducen a resultados irracionales –esencialmente, según estos parámetros, todas las antiguas plantas de purines habrían resultado altamente ineficientes-.

De la misma manera, se han desestimado los numerosos recursos presentados en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por los perjuicios ocasionados por el cambio normativo. Sólo hay, al respecto, una excepción: Aquellas instalaciones que vieron suspendidos los procedimientos de preasignación como consecuencia del Real Decreto Ley 1/2012; y que no pueden tampoco acogerse al nuevo régimen retributivo.

2. ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL CASO *EISER*: LOS CASOS *CHARANNE* E *ISOLUX CORSÁN*

A nivel internacional, el 21 de enero de 2016 se dictaron varios laudos arbitrales internacionales en que se falló a favor de España. El primero de ellos fue el emitido en el caso *Charanne*. Este laudo resuelve sobre una demanda planteada en relación con el régimen de las fotovoltaicas.

Los demandantes básicamente se quejaban del establecimiento de un límite máximo de horas anuales con derecho a retribución, conforme al Real Decreto ley 14/2010; así como del establecimiento de un período máximo con derecho a retribución, como consecuencia del Real Decreto 1565/2010³. A juicio de los demandantes, estos cambios habían provocado una sustancial disminución del valor de sus acciones; lo que comportaría una expropiación en el sentido del art. 13 de la Carta de la Energía. Lo mismo afirmaban en cuanto a la reducción de los rendimientos futuros de sus instalaciones. Consideraban además que se había lesionado el derecho a un trato justo y equitativo, exigido por el art. 10 de la Carta; y que exigiría que el marco jurídico de las inversiones sea estable y previsible. En tal sentido, alegaban que efectuaron sus inversiones confiando en la perdurabilidad del régimen retributivo implantado por el RD 661/2007 y el RD 1578/2008, que precisamente habían tenido por finalidad atraer a los inversores; sin que, en esta circunstancia, sea legítimo que el Estado se aparte de los compromisos previamente adquiridos. En tal sentido, aducían que estas normas se dirigían a grupos muy concretos de inversores que cumplieran con los plazos previstos en ellas; por lo que entrañaban verdaderos compromisos.

Por último, aducían que el hecho de que la disminución del número anual de horas con derecho a retribución se haya efectuado mediante una norma con rango de ley, obstaculiza seriamente su derecho a un recurso efectivo.

El tribunal arbitral vino a decir que el nuevo régimen no comporta una expropiación de las inversiones, conforme al concepto de expropiación que se deduce de la Carta de la Energía; ya que los demandantes no han sido privados de sus acciones y además sus inversiones siguen produciendo rendimientos, aunque éstos sean menores que antes. En suma, para que exista una expropiación indirecta es preciso que la disminución del rendimiento sea tan sustancial que equivalga a una privación de la propiedad; cuando, en este caso, seguiría existiendo una rentabilidad positiva en las inversiones de los demandantes⁴.

³ Otros motivos de queja recogidos en su demanda estribaban en la exigencia de pago de peajes de acceso a las redes, conforme al Real Decreto ley 14/2010; así como a la exigencia de capacidad técnica para cubrir los huecos de tensión, de acuerdo con el RD 1565/2010.

⁴ Por otra parte, tampoco entendió el tribunal arbitral que las partes hayan quedado privadas de su derecho a un recurso efectivo; al respecto, afirmó que son suficientes las vías del control de constitucionalidad de las leyes mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, junto con la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Sin embargo, la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sólo exige del juez una respuesta que no resulte arbitraria ni inmotivada; y en cuanto a la responsabilidad del Estado legislador por leyes conformes a la Constitución, la jurisprudencia del TS siempre se ha mostrado muy restrictiva; y de hecho, en este ámbito sólo han prosperado hasta ahora las reclamaciones fundadas en la suspensión de los

Pero, sobre todo, se añadió que, pese a que el art. 44-3 del Real Decreto 661/2007 había previsto el mantenimiento del régimen retributivo en el mismo previsto a lo largo de la vida útil de las instalaciones, sin embargo no por ello se había lesionado el derecho a un trato justo y equitativo. La razón esencial para ello fue, conforme al citado laudo, el entendimiento de que el art. 44 no era más que una norma jurídica; sin que las normas jurídicas puedan generar un verdadero compromiso de vinculación, ya que las normas, por esencia, se derogan y se sustituyen por otras. El art. 10 de la Carta de la Energía no puede implicar la desaparición de la potestad estatal de modificar la regulación aplicable a las inversiones, sino que debe existir un grado razonable de flexibilidad regulatoria para hacer frente a las cambiantes circunstancias; sin que en este caso exista compromiso contractual alguno.

En suma, no existía, a juicio del tribunal arbitral, un compromiso específico del Estado con los inversores; porque nos encontramos ante normas generales y abstractas, que además tampoco se habían modificado de forma caprichosa, sino ante la aparición de nuevas circunstancias -esencialmente, el aumento del déficit de tarifa y el considerable aumento en la retribución total de las plantas fotovoltaicas-. Y los documentos emitidos por las autoridades españolas a efectos publicitarios carecían de aptitud para generar una legítima expectativa de mantenimiento del nivel retributivo; ya que su contenido era muy genérico y tampoco entrañaba pues compromisos específicos ante los inversores. Los demandantes no podían sostener razonablemente una expectativa de mantenimiento absoluto del régimen aplicable cuando realizaron sus inversiones, sino que podrían haber razonablemente previsto la posibilidad de ajustes del sistema; máxime cuando el Tribunal Supremo, ya en 2006 y por tanto mucho antes de la realización de las inversiones de los demandantes, ya había afirmado que en este sector económico los inversores no tienen un seguro a todo riesgo frente a los posibles cambios normativos.

Frente a ello, la opinión disidente del árbitro Sr. Tawill vino a decir que, cuando una empresa solicita y obtiene la inclusión en el nuevo régimen retributivo, sí nos encontraremos ante un compromiso. En tal sentido, creo que puede resultar útil la diferencia entre situación jurídica subjetiva y situación jurídica objetiva: La norma en sí generaba una mera situación jurídica objetiva; pero es difícil entender que no exista además una situación jurídica subjetiva cuando el inversor consigue primero la inscripción en el estado de preasignación y después consigue además poner la planta en funcionamiento en los plazos previstos y obtiene la inscripción definitiva⁵. En

procedimientos de preasignación, y sólo en relación con los gastos realizados y no por la pérdida de valor de las inversiones.

⁵ El laudo llega a la conclusión de que la inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía, era un simple requisito para la venta de energía; de

estos casos, existe un comportamiento del inversor, y otro correlativo de los poderes públicos en relación con dicho inversor concreto. Esto va más allá de una situación jurídica meramente objetiva; por mucho que de la STC 99/1987 -en un contexto bien distinto- pudiera desprenderse lo contrario. En tal sentido, entiendo que la conclusión a la que podría haber llegado el tribunal arbitral pudo haber sido distinta, en relación con la limitación del número de horas anuales con derecho a retribución; bajo cuyo aspecto el laudo se limita a reiterar que el art. 10 de la Carta no puede implicar una congelación de la regulación, aunque añade el argumento de que la limitación contenida en el Real Decreto ley 14/2010 está en correlación con el número de horas solares tenidas en cuenta en 2007 y 2008 para calcular la tarifa⁶. La conclusión del laudo en este punto sólo habría podido sostenerse, a mi juicio, si el tribunal arbitral se hubiera basado, exclusivamente, en la inexistencia de una disminución sustancial del rendimiento de las inversiones⁷. En cambio, las conclusiones del laudo poseen a mi juicio mayor fundamento en relación con la limitación de los años con derecho a retribución; porque en este sentido se basa en que no se habría demostrado que la vida útil de las instalaciones fotovoltaicas pueda ser superior a treinta años.

En cualquier caso, el caso *Charanne* únicamente examinó los cambios normativos producidos en España con anterioridad al Decreto ley 9/2013; y,

forma que tampoco existiría lesión de derechos adquiridos ni retroactividad. Sin embargo, la inscripción en el Registro de instalaciones para la producción de energías renovables en estado de preasignación suponía, ya desde su implantación, que, si finalmente la puesta en funcionamiento de la instalación tenía lugar en determinados plazos, se tendría derecho al régimen retributivo específico. De hecho, la STS de 20 de abril de 2016 estima que concurre responsabilidad patrimonial, en relación con una planta fotovoltaica, como consecuencia de la suspensión de los procedimientos de preasignación tras el Real Decreto ley 1/2012. En suma, el RD 1578/2008, al regular el registro en estado de preasignación para las fotovoltaicas, había establecido un presupuesto necesario para acceder después al régimen retributivo de modo definitivo; pero esto último se conseguiría simplemente poniendo en funcionamiento la planta, respetando las características consignadas en el RAIPRE, en determinados plazos. Considero, en suma, que dicha inscripción generaba una expectativa legítima; no existía un derecho adquirido porque el derecho a la retribución se consolida sólo si la instalación, acorde con el proyecto, se pone en funcionamiento en determinados plazos. Pero sí, insisto, existe una expectativa legítima; una situación jurídica subjetiva que no puede desconocerse sin más.

⁶ Es decir, entiendo que la limitación no fue arbitraria, al haberse basado en estudios técnicos previos que tuvieron en cuenta las distintas zonas solares.

⁷ En cambio, el argumento de que el rendimiento seguía siendo positivo pese a los recortes sólo habría servido para enervar la alegación de que nos encontramos ante una expropiación indirecta. Es más difícil que este argumento sirviera para apoyar que el trato sigue siendo justo y equitativo; porque es posible que, pese a ser positivo el rendimiento de la inversión, dicho rendimiento haya disminuido tanto que, bajo el nuevo régimen, aquella inversión no se hubiera realizado.

de hecho, se indicó expresamente que no se prejuzgaba lo que pudiera suceder con el régimen retributivo implantado con posterioridad a éste.

Pocos meses después, el caso *Isolux Infrastructure Netherlands BV* fue asimismo resuelto a favor de España; prácticamente con los mismos argumentos, y también con la opinión disidente del árbitro Sr. Tawill⁸.

3. EL CASO *EISER CONTRA ESPAÑA*

A) Planteamiento

Frente a lo sucedido en los casos *Charanne* e *Isolux Netherlands*, en el caso *Eiser* se ha fallado por primera vez contra España. Este caso no afecta a inversiones en plantas fotovoltaicas, sino a inversiones en plantas termoeléctricas. Anticipo que, a mi juicio, éste puede haber sido un factor diferencial importante con los casos anteriores; por la razón siguiente. Las inversiones en plantas fotovoltaicas no son excesivamente caras; son inversiones además muy fragmentadas -hay muchas personas físicas, pequeños inversores, que sólo son titulares de una o dos placas de un huerto solar-; y amortizables, por ello, en un plazo relativamente breve. En cambio, cada planta termoeléctrica comporta una inversión millonaria, y sólo amortizable en plazos bastante largos⁹.

Por lo pronto, el planteamiento es sustancialmente distinto; ya que en este nuevo caso, la demanda iba dirigida esencialmente en relación con lo que para las empresas demandantes ha supuesto el nuevo sistema implantado primero por el Real Decreto ley 9/2013 y después por la Ley 24/2013 y las normas que la complementan y desarrollan¹⁰. En gran medida, posiblemente haya sido

⁸ En este caso, se argumentaba también por los reclamantes frente al impuesto del siete por ciento previsto en la Ley 15/2012.

⁹ De hecho, en la Memoria de impacto de la Orden 1045/2014, se indica que, aunque las primas recibidas por la solar termoeléctrica ascendían más o menos a cinco veces el precio de mercado, sin embargo, las mismas apenas cubrían el 21 por ciento de las inversiones realizadas hasta ese momento. Paradójicamente, conforme a la disposición final tercera de la Ley 24/2013, las instalaciones de solar termoeléctrica adjudicatarias del régimen previsto en el RD 1565/2010, sólo perciben retribución a la operación, cuyo valor será el resultante de la oferta económica para la que resultaron adjudicatarias.

¹⁰ También argumentaban los demandantes que el impuesto del siete por ciento establecido por la Ley 15/2012 habría asimismo contribuido a reducir drásticamente sus rendimientos y el valor de sus inversiones. Sin embargo, este argumento no fue estimado por el tribunal arbitral, dado que la Carta de la Energía, en su art. 21, excluye las reclamaciones basadas en el derecho a un trato justo y equitativo formuladas en relación con medidas impositivas. En cuanto a si el impuesto en cuestión podía ser constitutivo de una expropiación, el tribunal no entra en el fondo de la cuestión por entender que la demandante no había reclamado con carácter previo a las autoridades competentes, en la forma exigida por el art. 21-5.

este nuevo enfoque de la demanda el que ha permitido que el fallo haya resultado, esta vez, estimatorio en una parte sustancial de las pretensiones de los demandantes. De hecho, el tribunal del caso *Eiser* resalta este cambio de enfoque como un elemento sustancial que lo diferencia de los anteriores.

También en este caso los demandantes fundamentaban sus pretensiones, esencialmente, en torno a la exigencia de un trato justo y equitativo; y sobre la base de que los cambios normativos habrían comportado una expropiación indirecta de sus inversiones. Considera el tribunal arbitral que se ha vulnerado el derecho a un trato justo y equitativo; y no entra en si ha existido o no expropiación indirecta.

B) Los rasgos esenciales del nuevo sistema retributivo y su incidencia sobre el derecho del inversor a un trato equitativo y justo

El laudo *Eiser* basa su apreciación de que se ha lesionado el derecho a un trato justo y equitativo, básicamente, en el hecho de que se ha implantado un nuevo sistema, que se aplica a las instalaciones en funcionamiento y que tenían reconocido el derecho a retribución bajo el sistema anterior; porque dicho nuevo sistema se basa en premisas completamente distintas en cuanto a los elementos que dan derecho a retribución; porque, además, dicho nuevo sistema comporta, ya sobre el papel, una sustancial reducción de la cuantía retributiva; y cuando, por otra parte, al no aplicar el sistema los datos reales de las empresas, la disminución de dicha cuantía retributiva es, de hecho, mucho mayor que la que formalmente resulta de las nuevas normas.

En cambio, el laudo apenas hace mención al art. 44-3 del RD 661/2007, salvo cuando aluden al mismo las demandantes. De hecho, en el epígrafe 363, el tribunal arbitral afirma que no comparte la alegación de que el RD 661/2007 hubiera conferido a los demandantes unos derechos económicos inmutables e inmunes a todo cambio en el régimen regulatorio. La perspectiva del laudo es simplemente la de la Carta de la Energía; sin que el tribunal arbitral pueda aplicar directamente el Derecho interno. No se alude en todo caso a la posible existencia de compromisos vinculantes derivados de dicha norma, sumada a la inscripción en el correspondiente registro del antiguo régimen retributivo especial; posiblemente, porque al tribunal le basta con las consideraciones anteriores para entender que la demanda debe ser, al menos en parte, estimada. De hecho, así resulta de los considerandos 352 y 353, donde se afirma que la denegación del derecho a un trato equitativo y justo constituye el contexto más adecuado; sin que por tanto sea preciso examinar si España ha incumplido con las obligaciones contraídas con las inversiones de los demandantes.

a) El cambio sustancial en los elementos a tener en cuenta para tener derecho a retribución: De la prima a la producción a la eficiencia en costes calculada de forma estandarizada

El RD 661/2007 preveía la posibilidad de optar entre un régimen primado y un régimen a tarifa fija. Se trataba de un sistema que primaba ante todo la producción. Cuanta mayor fuera la cantidad de energía producida, mayor sería la prima.

En cambio, el sistema implantado en 2013 no es un sistema en que prime la producción, sino que pretende financiar los costes de inversión y/o los costes de funcionamiento y garantizar además un margen de rendimiento “razonable”; en aquellos casos en que la planta no alcance la cobertura de dichos costes. Pero, además, la garantía de ese margen razonable de rendimiento se efectúa por referencia a una empresa “eficiente y bien gestionada”. Para determinar esto último, la Ley 24/2013 acude al concepto de instalación tipo; a cada instalación tipo se asignan unos determinados parámetros de costes de operación, costes de funcionamiento e ingresos estimados, y multiplica el resultado por la potencia instalada. En suma, se diseñan en la Orden de parámetros numerosas instalaciones tipo; a cada una de las cuales se asocian unos costes e ingresos estandarizados. Cada uno de estos modelos refleja lo que para el legislador constituye una empresa eficiente y bien gestionada. Por tanto, si una instalación se aleja, en su funcionamiento real, de los costes de inversión o de operación estandarizados, la retribución a que tenga derecho de acuerdo con el sistema resultará absolutamente insuficiente para cubrir esos costes o para asegurarle un mínimo de rendimiento razonable. Lo mismo sucederá cuando los ingresos normativamente estimados para la instalación tipo se alejen de la realidad; o cuando la categorización de instalaciones tipo resulte inadecuada o insuficiente.

Es decir, no se parte de los datos reales de las instalaciones, sino de datos estandarizados¹¹. Puede suceder que los costes reales de inversión sean muy superiores a los previstos para la correspondiente instalación tipo; o que ello

¹¹ Resulta significativo que el tribunal critique que, en la estandarización, no se hayan tenido en cuenta los numerosos tributos autonómicos que gravan estas instalaciones, dada la prohibición establecida en el art. 14-7 de la Ley 24/2013. Sobre la fiscalidad de las energías renovables, ORTIZ CALLE, E., “Fiscalidad de las energías renovables en la Unión europea y España”, en ALENZA GARCÍA, *Las energías renovables...*, cit., pp. 429 ss.; LÓPEZ LÓPEZ, H., “Fiscalidad de las energías renovables en el ámbito autonómico”, en el mismo volumen, pp. 462 ss. La crítica del laudo se extiende asimismo a los defectos de estandarización en cuanto a los costes financieros. Por cierto, el tribunal arbitral no considera impropia la utilización de swaps y otros productos financieros similares; frente al criterio del Tribunal Supremo (así, STS de 21 de enero de 2016).

suceda con los costes de operación. A ello se añaden otras dos consideraciones sustanciales: Primero, que, como se ha visto, para el sistema anterior una instalación eficiente era una instalación con un margen de producción muy elevado; aun cuando se tratara de una instalación muy cara, que hubiera exigido elevadas inversiones o con altos costes de funcionamiento. En cambio, el nuevo sistema prima la eficiencia en costes, así como la potencia instalada. Como además este nuevo sistema se aplica también a las instalaciones anteriores, es muy probable que una instalación que, bajo el anterior sistema, se hubiera considerado muy eficiente por ser altamente productiva -aunque cara- resulte absolutamente ineficiente conforme al nuevo sistema; de forma que la retribución percibida conforme a éste resulte completamente insuficiente para cubrir los costes. Sin embargo, si la instalación es anterior a 2013, es evidente que se han realizado las inversiones considerando que la planta respondía al modelo de eficiencia entonces sostenido por la normativa española. Puede suceder, en suma, que con anterioridad al nuevo sistema se hayan realizado fuertes inversiones en una planta, para conseguir un nivel muy elevado de producción; y que, sin embargo, esa planta, que respondía totalmente a los objetivos buscados bajo el sistema anterior, sea sin más calificada de ineficiente con arreglo al nuevo.

Esta es precisamente una de las claves del laudo *Eiser*. El nuevo sistema lesiona el derecho a un trato justo y equitativo porque las empresas realizaron unas inversiones confiando en el sistema anterior, que primaba las instalaciones que, aunque más caras, fueran más productivas; cuando este tipo de instalaciones en absoluto son favorecidas por el nuevo sistema¹².

A este respecto, el tribunal entiende que el derecho a un trato justo y equitativo comporta entre otras consideraciones que exista una cierta estabilidad, aunque ésta no sea absoluta, en el régimen jurídico de las inversiones. Es decir, sin negar la potestad estatal de modificación del régimen jurídico aplicable para adaptarlo a las nuevas circunstancias y necesidades, hay

¹² El tribunal arbitral tiene en cuenta que, además, el nuevo sistema tiene en cuenta, para calcular la retribución a que tienen derecho las instalaciones, las cantidades ya percibidas conforme al sistema anterior; de forma que, si una instalación ha percibido ya una cantidad total, bajo el régimen primado o tarificado, igual o superior a la que le correspondería percibir conforme al nuevo sistema, dicha instalación no tendrá ya derecho a retribución; si bien es cierto que tampoco tendrá que devolver los “excesos” cobrados con anterioridad. No obstante, como las plantas CSP de las demandantes se habían puesto en funcionamiento en 2012, muy poco antes de la entrada en vigor del nuevo sistema, la cuestión tenía muy poca incidencia real en el caso; como termina reconociendo el laudo. A pesar de ello, constata que, en estas centrales termosolares, el coste de inversión inicial es muy elevado; es decir, se realizan fuertes desembolsos iniciales que deben ser financiados y que no se amortizan sino tras largos períodos de tiempo. De ahí que la implantación del nuevo sistema afectara de forma especial a las centrales termosolares más recientes.

que garantizar unas condiciones estables y transparentes para las inversiones¹³. En este sentido, parece apelar al principio de protección de la legítima confianza: A fin de cuentas, lo que ha existido es una actuación previa de los poderes públicos que ha incitado a realizar unas determinadas inversiones - que no se habrían previsiblemente llevado a cabo bajo un régimen jurídico distinto-; en muchos casos, como el resuelto, además, ha existido incluso una previa actuación de los poderes públicos que reconocía a las empresas el derecho a una nueva retribución; finalmente, un cambio sustancial de régimen jurídico, que afecta significativamente a la cuantía de la retribución. Las demandantes, en suma, calcularon sus inversiones confiando en un sistema que primaba la cantidad de energía producida -aun cuando ello fuera a costa de inversiones muy caras-; y ahora ven frustrada su confianza en el sistema en la medida en que las plantas, que eran eficientes bajo la regulación anterior, han dejado de serlo, de manera que la retribución a percibir bajo el nuevo sistema resultará absolutamente insuficiente. Aunque ambos sistemas parten de la “rentabilidad razonable” de las inversiones, el punto de partida de uno y otro es absolutamente distinto; porque en uno se primaba la producción y, en el nuevo sistema, la potencia instalada y la reducción de costes.

Dicho en otros términos: Del laudo *Eiser* se desprende un planteamiento radicalmente distinto del que suele observarse en la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo. Éstas apelan al riesgo regulatorio como límite a la confianza legítima de los inversores; cuando más bien resulta ser a la inversa: La legítima confianza constituye un límite al riesgo regulatorio; lo que tiene su lógica porque las inversiones en producción de energía son a largo plazo y ello exige una cierta estabilidad¹⁴. Precisamente, el laudo indica

¹³ El nuevo sistema, dada su complejidad, puede calificarse de cualquier modo menos de transparente; particularmente, en cuanto a la incardinación de cada planta en una u otra instalación tipo. Vid. CASTRO RODRÍGUEZ Y MILES TOUYA, op. cit., p.78; ALENZA GARCÍA, J.F., “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, en ALENZA GARCÍA, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi, 2014, p. 662; ALONSO MAS, M.J., “El régimen de apoyo a la producción de energías renovables...”, cit., donde se resalta que las dificultades que comporta la estandarización también redundan en una falta de transparencia; y que ello aumenta la prima de riesgo de las inversiones.

¹⁴ Sobre este concepto, vid. por ejemplo GARCÉS SANAGUSTÍN, A., “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 43-44, 2014, pp. 46 ss. Vid. asimismo RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, en *RAP*, 188, 2012, pp. 189 ss., para quien el riesgo regulatorio tiene como límite los principios informadores del marco jurídico previo, además de la prohibición de retroactividad; el voto particular de PERELLÓ DOMÉNECH Y CALVO ROJAS a la STS de 30 de septiembre de 2016 va en esa línea. Véase también BACIGALUPO SAGESSE, M., “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, *Otrosí*, 6, 2011, pp. 17 ss.; DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Seguridad jurídica y cambios regulatorios”, *REDA*, 156,

que “la cuestión que se plantea aquí es 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”¹⁵. En este sentido, el laudo comporta, a mi juicio, y más allá de las diferencias entre los supuestos de hecho y el marco normativo interno a tener en cuenta, un cierto salto cualitativo respecto de lo afirmado en el caso *Charanne*; pese a que el punto de partida es el mismo: La proscripción de los cambios regulatorios caprichosos, innecesarios; así como aquellos que, de forma repentina e imprevisibles, supriman las características esenciales del marco regulatorio existente, que es lo que se había afirmado en el laudo de 21 de enero de 2016. Hay que insistir: El previo régimen retributivo primaba la mayor cantidad de energía producida; factor que, en el nuevo sistema, que también se aplica a las instalaciones preexistentes y ya en funcionamiento, queda eclipsado.

b) La sustancial disminución de la retribución razonable

El tribunal arbitral tiene asimismo en cuenta un segundo factor: La diferencia cuantitativa entre el margen razonable de rendimiento, tal como el mismo se concibe bajo el nuevo sistema, con la cuantía de la retribución razonable que derivaba de las normas de desarrollo del art. 30-4 de la Ley 54/1997. Es decir, si bien es cierto que tanto esta norma como la Ley 24/2013 parten del concepto de rentabilidad razonable, existe una diferencia cuantitativa sustancial. En efecto, la nueva retribución “razonable” se cuantifica sobre la base del rendimiento de las obligaciones del Estado a diez años, aumentado en un diferencial -que actualmente ronda sobre el tres por ciento-; todo ello antes de impuestos. El resultado comporta que esa retribución “razonable”, para el nuevo sistema, oscile entre el 7.3 y el 7.4 por ciento antes de impuestos; y un porcentaje después de impuestos bastante inferior (el 5.2 por ciento). Y es que, en efecto, se ha puesto de relieve que tomar como referente el

2012, pp. 217 ss.; RUIZ OLMO, I., “Las renovables ante los recientes cambios normativos: El episodio del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *Actualidad jurídica ambiental*, tres de marzo de 2014. También, ARANA GARCÍA, E., “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., *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Aranzadi, 2014, pp. 133 ss., quien critica la imprecisión del concepto de riesgo regulatorio. En el mismo volumen, ALENZA GARCÍA, J.F., “Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común”, pp. 625 ss., que indica que el Tribunal Supremo equipara riesgo regulatorio y riesgo de mercado y ello desvaloriza la actividad de fomento, debido a la inseguridad así generada. Puede verse también la obra colectiva *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, 2015.

¹⁵ En este punto, sigue la doctrina del laudo *ADC contra Hungría*, donde se indica que la potestad regulatoria estatal no es ilimitada y que debe observar, en su ejercicio, las obligaciones de protección del inversor.

rendimiento de las obligaciones del Estado a diez años no resulta adecuado; ya que dicho referente se plasma en una inversión altamente conservadora, en general de poco riesgo y, por tanto, con un margen de beneficios bastante limitado. Por el contrario, no puede decirse que la inversión en plantas de producción de energías renovables sea una inversión de bajo riesgo; cuando además los cambios legislativos ponen de relieve que en absoluto existe una garantía real de retribución¹⁶.

Es decir, el tribunal arbitral tiene en cuenta no sólo que nos encontremos ante la utilización de estándares de costes y estimaciones de ingresos y no se tengan en cuenta los datos reales de las instalaciones, sino también el hecho de que, aun suponiendo que la estandarización estuviera correctamente realizada y encajara perfectamente en las características reales de una planta, sin embargo la retribución a percibir bajo el nuevo sistema seguiría siendo sustancialmente inferior a la percibida conforme al modelo anterior. De cualquier modo, en este caso los demandantes aducían que con el nuevo sistema apenas cubren los costes de operación y de financiación; según esto, en absoluto la nueva retribución estaría garantizando una rentabilidad razonable. De hecho, en el epígrafe 365, indica el laudo que las demandantes han quedado despojadas prácticamente de todo el valor de su inversión -pese a lo cual, el tribunal arbitral no acude, de forma explícita, a la regulación de la expropiación indirecta contenida en el art. 13 de la Carta¹⁷. En el epígrafe 416, el tribunal arbitral indica explícitamente que “los ingresos bajo el nuevo régimen se

¹⁶ Vid. DONOSO ALONSO, J., “La energía fotovoltaica y la reforma eléctrica”, *Cuadernos de energía*, 42, 2014, p. 49. Vid. asimismo POLO GÓMEZ, L., “Reflexión sobre los parámetros aplicados a la eólica en la reforma energética”, en *Cuadernos de energía*, 42, 2014, p. 55. También RODRÍGUEZ-CASTRO, F., Y MILES TOUYA, D., “Evaluación de las políticas de promoción de las energías renovables en España”, *Cuadernos de información económica*, 252, 2016, p. 78, consideran arbitraria la referencia a la rentabilidad de la Deuda; y entienden que el coste medio ponderado del capital de estas inversiones constituye un referente mucho más adecuado. Por su parte, ESPINOSA, M.P., “Una reforma eléctrica condicionada por la austeridad”, en *Cuadernos de información económica*, 236, 2013, p. 33, entiende que el referente de la Deuda es poco habitual, ya que el parámetro más utilizado en las actividades reguladas es el coste medio ponderado del capital.

¹⁷ De hecho, se añade que, en términos porcentuales, las medidas adoptadas tuvieron un efecto mucho más dramático que el producido a las fotovoltaicas en el caso *Charanne* por la regulación anterior (un diez por ciento para las plantas acogidas al RD 1578/2008 y un 8.5 por ciento para las acogidas al RD 661/2007). En cambio, en una de las plantas afectadas por el caso *Eiser*, el tribunal aprecia una reducción de los ingresos en un 66%, en comparación con los que habrían percibido bajo el régimen anterior. Pensemos que, aunque la rentabilidad hipotética después de impuestos es, bajo el nuevo sistema, de aproximadamente el 5,2 por ciento, en el caso de las demandantes el rendimiento real es muy inferior; porque se trata de plantas ejecutadas bajo el anterior sistema y que comportaron inversiones muy elevadas para lograr una mayor producción, que era lo que entonces se primaba. Inversiones, en suma, consideradas ineficientes por demasiado costosas conforme al nuevo sistema; lo que afecta frontalmente a su retribución real, al existir una fuerte desviación entre los costes estándar y los costes reales de inversión.

encuentran muy por debajo del nivel requerido para cubrir los costos operativos y de financiación reales de las plantas, menos aún para brindar rentabilidad sobre la inversión alguna”.

Hay que preguntarse, en todo caso, qué factores han pesado más en la decisión del tribunal arbitral. O lo que es lo mismo, ¿habría sido también estimatorio el fallo aun cuando el nuevo régimen hubiera partido de datos reales de las empresas? Pues bien, esto podría parecer a primera vista dudoso; porque se invoca, como un caso de contraste, el asunto *Aes contra Hungría*, donde, resalta el laudo, la nueva regulación partía de los datos reales de las empresas y no de costes estandarizados y de ingresos puramente estimados. Es decir, podría deducirse que, si se hubiera partido de datos reales de las empresas, la rentabilidad razonable a que alude el art. 14-7 de la Ley 24/2013 habría quedado asegurada; y que ello habría resultado suficiente aunque dicha rentabilidad hubiera resultado inferior a la derivada del sistema anterior. Pensemos que, en el caso que nos ocupa, el laudo insiste en que se han eliminado “las bases financieras de las inversiones de las demandantes”. Si se hubiera partido de datos reales, habría quedado asegurada la cobertura de costes y un cierto rendimiento; pero éste podría haberse cuantificado de forma irrisoria. Esto, sin embargo, no sucedía en el caso *Aes contra Hungría*, donde los inversores siguieron obteniendo un beneficio del 7.1 por ciento¹⁸. De hecho, en el epígrafe 393, se indica que, con independencia de que resulte cuestionable la utilización de un sistema de costes puramente hipotético, “por sí sola, la decisión del demandado de modificar la tasa de rentabilidad neta potencialmente disponible para inversores existentes como se hizo aquí (sic) pone en tela de juicio la justicia y equidad del cambio al nuevo régimen”¹⁹.

En suma, que el nuevo régimen no garantice en ciertos casos ni siquiera la cobertura de los costes -debido a deficiencias en la estandarización, en la categorización de las instalaciones y, sobre todo, en el cambio de significado de la eficiencia y buena gestión de la empresa respecto al régimen anterior- sólo significa que, en tales casos, podría haberse vulnerado no sólo el art. 10 de la Carta -derecho a un trato justo y equitativo- sino también el art. 13 -

¹⁸ De hecho, en el epígrafe 383 se cita el caso *Micula*, donde se critica una supresión categórica de beneficios fiscales llevada a cabo por Rumanía; cita asimismo el caso *CMS contra Argentina*, donde se afirma que se ha lesionado el derecho a un trato justo y equitativo por haberse modificado enteramente el entorno jurídico de las inversiones.

¹⁹ No obstante, el laudo parece imponer ciertos límites a esta conclusión -que bastaría una reducción importante de la tasa de rentabilidad, aunque ésta siguiera siendo positiva y suficiente-; porque de hecho se pregunta a uno de los peritos si la planta había recibido o no una retribución excesiva conforme al régimen anterior. Es decir, se deja la puerta abierta a un cambio regulatorio que tuviera por objeto y como límite la corrección de los excesos a que hubiera conducido el anterior sistema; y que se hubiera circunscrito a las medidas necesarias para ello.

expropiación indirecta debido a la pérdida sustancial del valor de las inversiones-. Pero el derecho a un trato justo y equitativo se lesiona también, a mi juicio, cuando el nuevo sistema, de forma sorpresiva, si bien permite cubrir los costes, sin embargo establece un margen irrisorio de beneficios; porque en tal caso, previsiblemente, las inversiones bajo el sistema anterior no se habrían realizado si se hubiera conocido de antemano el cambio legislativo, al menos cuando el nuevo sistema se hubiera implantado mucho antes de la finalización de la vida útil de la instalación²⁰.

4. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que, conforme a los análisis aceptados por el laudo *Eiser*, en el caso concreto el valor de la inversión de las demandantes había quedado esencialmente anulado, al no permitir el nuevo sistema retributivo ni siquiera la cobertura de costes, la enseñanza más importante que se desprende del mismo es que la confianza legítima es un límite al riesgo regulatorio y no a la inversa; pese al entendimiento en sentido contrario que subyace a numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo²¹.

²⁰ Sin embargo, en el epígrafe 382, se señala que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo comporta “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 (sic) dichos regímenes del valor de su inversión”. Obviamente, la *total* privación del valor de la inversión comporta una expropiación indirecta, desde la perspectiva de la Carta de la Energía; e incluso podría comportar una privación de la propiedad conforme a la jurisprudencia del TEDH -puede verse por ejemplo *STEDH Pressos*, que califica de privación el resultado de una ley retroactivamente aplicable y que había impedido que la demandante viera reconocidas determinadas indemnizaciones-. Vid. en todo caso *BARCELONA LLOP, J.*, “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos”, *RAP*, 185, 2011, pp. 69 ss., para quien la privación de la propiedad implica un definitivo, irreversible y auténtico desapoderamiento; no la mera restricción de las facultades de goce y disposición, por intensa y grave que sea. Véase también *DOMÉNECH PASCUAL, G.*, “Cómo distinguir entre una expropiación y una limitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret*, enero de 2012.

²¹ Por ejemplo, es significativa la STS de 13 de enero de 2014 (R. 357/2012), que insiste en el riesgo regulatorio y señala que no existe un derecho al mantenimiento del régimen primado (ni del basado en tarifa regulada); ya que las empresas no tienen un derecho adquirido a quedar excluidas de los riesgos del mercado y de la competencia con otras empresas. Ya antes, la STS de 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011) había afirmado la legalidad del RD 1565/2010; esta sentencia señalaba que las limitaciones en el régimen retributivo eran previsibles a la vista de los costes que el mismo implicaba para el sistema eléctrico y, por tanto, acordes con la protección de la confianza legítima. La sentencia había afirmado, además, que no existe el derecho al mantenimiento por un plazo del régimen retributivo especial, ya que justamente éste implicaba proteger las inversiones frente a los riesgos del mercado; pero, en compensación, las empresas estarían obligadas a soportar el riesgo regulatorio.

El tribunal arbitral viene a decir que se ha lesionado el derecho a un trato justo y equitativo porque estamos ante un cambio brusco y sorpresivo, que afecta a la estabilidad de las inversiones por incidir en su rentabilidad de un modo excesivo y desproporcionado; al haberse alterado sustancialmente las bases del régimen retributivo. Esto, en otros términos, comporta una lesión de la legítima confianza; porque la anterior regulación fomentó la realización de inversiones, pero al poco tiempo las legítimas expectativas de los inversores han quedado sustancialmente frustradas debido a esos cambios normativos bruscos y sustanciales²². Las inversiones, en suma, no se habrían realizado si los demandantes hubieran podido conocer que iban a producirse estos bruscos cambios normativos.

El laudo puede además conectarse con la perspectiva del Derecho de la Unión. Si la Directiva 28/2009 exige a los Estados miembros establecer regímenes de fomento de las energías renovables -aunque no indique la forma en que deben diseñarse esos regímenes- es probable que el nuevo sistema impida, a medio plazo, cumplir con los objetivos de la Directiva; al menos en aquellos casos en que la estandarización de costes y la estimación de ingresos resulte tan deficiente que el derecho a retribución resulte irrisorio. Un sistema que no garantice una mínima estabilidad a los inversores, y que además no resulta transparente, más desincentiva que fomenta.

²² La STJUE *Mulder I*, de 28 de abril de 1988, declara inválido un reglamento europeo por infracción de la legítima confianza. El asunto venía referido a la asignación de primas a los productores de leche que, voluntariamente, interrumpieran durante cuatro años su producción. El demandante obró de esta manera, incitado por esta normativa de fomento. Sin embargo, con posterioridad se produjo un nuevo cambio normativo, a resultas del cual, precisamente como consecuencia de haber dejado de producir leche durante determinado período de tiempo, perdería el derecho a la cuota de producción que le habría correspondido. Es decir, como consecuencia de una actuación del demandante, que había confiado legítimamente en las normas europeas reguladoras de las primas, éste quedó con posterioridad privado del derecho a reanudar su producción de leche, tras la entrada en vigor de una nueva normativa. El Reglamento se declaró inválido y en dos sentencias posteriores, de 1992 y de 27 de enero de 2000, se reconoció la responsabilidad patrimonial de la Unión europea. Indica REVUELTA PÉREZ, I., en “¿Riesgo o fallo regulatorio?: los “recortes” a las renovables a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en el libro colectivo por ella dirigido *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, que esta sentencia es importante en el ámbito que nos ocupa porque reconoce la existencia de verdaderos compromisos de las instituciones europeas con los productores de leche que decidieron optar por el régimen primado.