

ESTUDIOS

LA EQUIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LOS INVERSORES EN ENERGÍAS RENOVABLES

JUAN CASTRO-GIL AMIGO
COORDINADOR

JAVIER GOMÁ LANZÓN
LUCIANO PAREJO ALFONSO
ANTONIO ESTELLA DE NORIEGA
REYES GÓMEZ ROMÁN

© Juan Castro-Gil Amigo (Coord.) y autores, 2025

© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madr id)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: octubre 2025

Depósito Legal: M-22018-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-403-1

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-404-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

Página

¿QUÉ ES LA EQUIDAD?

JAVIER GOMÁ LANZÓN	13
--------------------------	----

EL TRATO DIFERENCIADO DE LOS INVERSORES NACIONALES Y EXTRANJEROS EN INSTALACIONES DE GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD MEDIANTE ENERGÍAS RENOVABLES: UN PROBLEMA PRECISADO DE SOLUCIÓN EN TÉRMINOS DE EQUIDAD

LUCIANO PAREJO ALFONSO	21
1. El origen del problema: la desigualdad de trato	21
2. La cuestión que suscita la diferencia de trato	23
3. La normativa internacional clave en la cuestión	26
4. La epieikeia-equidad: criterio de adaptación de las soluciones legales a las circunstancias del caso concreto, pero igualmente norma alternativa determinante de forma autónoma dichas soluciones	27
5. Principios clave en la cuestión: igualdad y equidad; fundamento de su aplicabilidad	34
5.1. El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución; su aplicación al caso	35
5.2. El principio de equidad; su aplicación, en todo caso, al supuesto analizado	37
6. Conclusión	39

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA; EN PARTICULAR, LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD

ANTONIO ESTELLA DE NORIEGA	43
1. Introducción	43
2. Consideraciones preliminares: tres círculos concéntricos: el económico, el jurídico, y el institucional	44
3. Una mirada a la Unión Europea	52
4. El gran cambio en materia de inversiones internacionales intracomunitarias: la sentencia <i>Achmea</i> , de 6 de marzo de 2018 ..	55
5. La Comunicación de la Comisión sobre Inversiones Intracomunitarias, de 19 de Julio de 2018	61
6. La sentencia <i>Komstroy</i> , de 2 de septiembre de 2021	63
7. La sentencia <i>Holdings</i> , de 26 de octubre de 2021	67
8. La sentencia <i>Micula</i> , de 25 de enero de 2022	70
9. Conclusiones	73
Bibliografía citada	80

LA VIABILIDAD JURÍDICA DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS REPARADORAS DE VIOLACIONES DE LA EQUIDAD

REYES GÓMEZ ROMÁN	83
1. Introducción	83
2. El principio de equidad: en particular el principio de trato justo y equitativo y su interpretación en sede arbitral y por los tribunales españoles	84
2.1. El principio de equidad y su regulación en el Código Civil español	84
2.2. El principio de trato justo y equitativo en el ámbito energético y su interpretación por los tribunales arbitrales	91
2.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el principio de trato justo y equitativo	103

	<u>Página</u>
3. Viabilidad jurídica de medidas extraordinarias reparatoras de violaciones de la equidad	109
3.1. <i>Introducción</i>	109
3.2. <i>Medidas para incentivar la renuncia a una indemnización cuya ejecución pudiera resultar inequitativa</i>	111
3.3. <i>Otras medidas legislativas para favorecer a los titulares de instalaciones no beneficiados por laudos</i>	112
4. Conclusiones	131

LA IMPORTANCIA DE LOS INTANGIBLES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA EQUITAD

JUAN CASTRO-GIL AMIGO	135
1. Preámbulo	135
2. ¿Sabemos qué es la equidad?	137
2.1. <i>Una mirada histórica</i>	137
2.2. <i>Una perspectiva semántica</i>	140
3. Protagonistas de la equidad	142
3.1. <i>Las personas</i>	142
3.2. <i>El legislador</i>	145
3.3. <i>Los tribunales</i>	149
4. Los intangibles como elementos de referencia	156
4.1. <i>Factores institucionales y estructurales</i>	157
4.2. <i>Factores sociales y de entorno</i>	160
4.3. <i>Factores políticos</i>	163
4.4. <i>Factores éticos</i>	164
5. Epílogo. El camino hacia la equidad	165

La importancia de los intangibles en la aplicación del principio jurídico de la equidad

JUAN CASTRO-GIL AMIGO

Abogado

SUMARIO: 1. PREÁMBULO. 2. ¿SABEMOS QUÉ ES LA EQUIDAD?. 2.1. *Una mirada histórica.* 2.2. *Una perspectiva semántica.* 3. PROTAGONISTAS DE LA EQUIDAD. 3.1. *Las personas.* 3.2. *El legislador.* 3.3. *Los tribunales.* 4. LOS INTANGIBLES COMO ELEMENTOS DE REFERENCIA. 4.1. *Factores institucionales y estructurales.* 4.2. *Factores sociales y de entorno.* 4.3. *Factores políticos.* 4.4. *Factores éticos.* 5. EPÍLOGO. EL CAMINO HACIA LA EQUIDAD.

1. PREÁMBULO

En las últimas décadas no ha sido la ética uno de los conceptos que mayor profusión ha tenido como objeto de debate jurídico. Salvo honrosas excepciones, parece que la sensibilidad de los autores no ha considerado el juicio de Equidad como un bien en peligro de extinción, al que sea preciso darle lustre con un mayor grado de discusión jurídica.

Sí existen históricamente, también en los últimos años, trabajos sobre la definición y alcance de los conceptos jurídicos indeterminados, entre los que generalmente se termina introduciendo el concepto de la Equidad, en los que de una manera o de otra se examina, clasifica y conceptualiza la mayor o menor interacción de aquellos con los procesos legislativos.

En este trabajo se ha querido abordar el problema desde algunos escalones más abajo. En un entorno social, legislativo y judicial en el que conceptos valorativos universales, como la Justicia o la Equidad, que han venido acompañando las decisiones de los hombres desde la antigua Grecia, desde Roma o desde la Edad Media, parece que aquellos valores van perdiendo fuerza lenta pero paulatinamente, para dar paso a una suerte de actuación legislativa de rodillo, muy alejada de cuestiones que parecían inatacables.

Por eso, hemos entendido necesario poner el acento, parafraseando a Joan Manuel Serrat, en aquellas pequeñas cosas que han venido dando forma a la Justicia real, a las decisiones fundadas en criterios generales incuestionables, a los conceptos en los que cualquier persona con independencia del estrato social en el que la haya tocado vivir, se reconoce.

A todos esos pequeños detalles que ayudan a formar el correcto juicio de Equidad de las personas les hemos denominado: los intangibles. No es casual el nombre. Su figura, evidentemente se asemeja a los que en la jerga jurídica llamamos conceptos jurídicos indeterminados, puesto que esa cualidad, indudablemente la tienen. Sin embargo, los intangibles se encuentran habitualmente por debajo de aquellos, acompañándolos, ayudándoles a ser comprendidos. Características imprescindibles en cualquier juicio valorativo tales como la empatía, la participación ciudadana, la conciencia cívica, la debida urbanidad, la equidad generacional y otros muchos de los que hablaremos a continuación, se constituyen como las notas de una partitura necesarias para que la composición musical de cualquier ordenamiento suene adecuadamente.

Es el preámbulo el momento adecuado para advertir que, este capítulo trae causa principal de la sensación cotidiana que percibo en mi actuar profesional de la inmensa brecha de equidad que existe en el tratamiento de la Ley y de la Justicia entre unos operadores y otros, en el ámbito de la energía. La diferencia de trato entre grandes y pequeños actuantes en el lío eléctrico es de una dimensión tan extraordinaria y, en muchas ocasiones, tan sangrante, que mis lamentos habituales me han llevado a cuestionarme muchas veces si realmente aquello de la Equidad era un argumento falaz que se explicaba en la Facultad para entretener a los alumnos imberbes, o si realmente es un sustrato que se fomenta para la formación y análisis del cumplimiento de las leyes.

Por último, considero necesario advertir que, sin abandonar de plano el discurso jurídico habitual en este tipo de trabajos, he pretendido atenuar un par de grados el modismo propio de la literatura jurídica, y todo ello,

para no pecar del mismo delito que denuncio: el excesivo alejamiento del actuar legislativo de la sociedad real, del sentir de las cosas, incluso de la Justicia natural.

Vamos a ver qué sale.

2. ¿SABEMOS QUÉ ES LA EQUIDAD?

Se hace necesario empezar manifestando que no se pretende hacer una exégesis detallada del concepto de la Equidad, pues para ello hay estupendas monografías que abordan el tema de una forma mucho más completa de lo que se propone aquí. Únicamente trataré de mostrar algunos apuntes que nos ayuden de forma sucinta a aterrizar los conceptos al tema subyacente: la aplicación de los matices en la Equidad.

2.1. UNA MIRADA HISTÓRICA

Don Pegerto fue mi primer profesor de filosofía. Él era (y todavía es) un sacerdote de los de antes, de voz grave y austera, seguramente por el hábito de los rezos ceremoniales, que intentaba con más empeño que éxito, hacer llegar a un grupo de adolescentes mitos cavernarios, dudas metódicas, la esencia del «ser» y otros cuantos conceptos más que, a los dieciséis años pueden resultar tan sugerentes como anodinos.

Sin embargo, de aquella primera época mía de acercamiento a la Filosofía, recuerdo con especial cariño la figura de Aristóteles, ya no tanto (lo reconozco) por la profundidad de sus planteamientos, sino por la turra pragmática que le daba de forma constante al idealista Platón, su maestro, quien no parecía precisamente un tipo al que fuese fácil mantenerle una discusión de forma fundada. Sin embargo, el bueno de Aristóteles allí estaba. Su posterior influencia en la figura de Alejandro Magno también resultaba interesante a mi cabeza de joven lector de novela de aventuras. Quizás sean cosas poco glamourosas, pero la verdad es que mis recuerdos de la primera aproximación a la Filosofía fueron estos, de la mano de Aristóteles y Don Pegerto. Así fue como descubrí la *Ética a Nicómaco*, que muchos años después, cuando volví a ella para la elaboración de este trabajo, evocó muchas de las cosas que en su momento mi profesor me había sugerido.

Allí nos encontramos el concepto de la *epieikeia*, como una corrección de la ley cuando su aplicación literal resultaba injusta. La Equidad, para Aristóteles, no proponía oponerse a la Justicia, sino que la perfeccionaba: es

Justicia adaptada a las circunstancias concretas de cada caso. *«Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley»*¹. Mirado con distancia el concepto, me evoca cierto rango de añoranza, al imaginarme enfrentándome virgen de prejuicios a un concepto tan aparentemente intuitivo y que el paso del tiempo y el ejercicio del derecho han diluido desafortunadamente en demasiadas ocasiones.

Incorporaba Aristóteles al criterio de la equidad, el concepto de la *frónesis* (prudencia), como la capacidad de deliberar bien sobre lo que es bueno y conveniente para las decisiones humanas, pero no en base a la astucia, sino a la práctica, a la experiencia, a la honestidad. En nuestro derecho común, recibido del derecho romano, es un concepto reconocido la aplicación del principio de actuación del buen padre de familia², o algo más cualificado, el del empresario diligente y ordenado³. En ambos casos, ya se evidencia lo que nos mostraba Aristóteles cuando enlazaba la necesidad de

-
1. Ética a Nicómano, Aristóteles. Libro Quinto Capítulo X.
 2. Entre otros, Artículo 1104 Código Civil: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia»*. Artículo 1719 Código Civil: *«En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia»*. Artículo 1788: *«El depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia»*. Artículo 1903 Código Civil: *«La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»*.
 3. Entre otros, Artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA): *«1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»*; o en el ámbito de la energía, la modificación impuesta por el Real Decreto Ley 9/2013 al artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico vigente en aquel momento cuando decía: *«Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada»*. La evaluación del concepto de empresario diligente y bien gestionado ha sido un elemento mollar en decisiones judiciales relevantes en el ámbito de la inversión en la energía renovable en nuestro país, a tal punto que fue considerado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo como el elemento definidor de cientos de fallos desestimatorios contra productores de energía, grandes y pequeños, a los que se les modificó de plano su situación retributiva bajo la premisa de que un empresario diligente y bien gestionado debía de haber previsto

incorporar elementos intangibles al análisis de la equidad y, por tanto, del tratamiento justo de las decisiones de poder.

Fue más tarde Alejandrino Fernández Barreiro⁴ quien me explicó que el Derecho romano integró la *aequitas* como uno de sus pilares fundamentales, diferenciándola del *ius strictum*. En el *Corpus iuris civilis*, la Equidad era invocada como criterio interpretativo por los pretores para suavizar la rigidez de las normas. Se anticipaba la distinción moderna entre justicia legal y justicia sustancial. Los juristas romanos, decía mi profesor, reconocían que el derecho debía adecuarse a los principios de humanidad, equidad y razón, vinculando lo jurídico a lo moral. Desde luego, resultaba un mensaje realmente inspirador para los jóvenes estudiantes de primero de Derecho.

Durante la Edad Media, el cristianismo absorbió el concepto de Equidad, pero dándole matices misericordiosos. Tomás de Aquino, influido por Aristóteles, afirmaba que la Equidad era una virtud que permitía aplicar la ley con Justicia cuando ésta fallaba por su universalidad⁵. Con la Revolución francesa, la Equidad aparentemente fue relegada, al menos formalmente, frente a la legalidad más estricta. Sin embargo, el Código Civil Napoleónico de 1804, mantuvo la referencia indirecta a la equidad en algunas normas sobre la interpretación de las leyes. En el derecho anglosajón, la Equidad (*equity*) constituyó una jurisdicción separada desde el siglo XV⁶. El canciller del rey administraba Justicia en conciencia, fundado en principios de *equity*, para suplir las deficiencias del *common law*. Con el tiempo, se consolidó un cuerpo de normas equitativas, especialmente en materia de contratos, propiedad y herencias. Hoy en día, la «*equitable remedy*» sigue siendo una herramienta activa en el derecho anglosajón, donde todos los jueces pueden aplicar criterios como la buena fe, el balance de intereses o

la eventual variabilidad legislativa que produjese modificaciones en sus condiciones retributivas. Por muchas, Sentencia 1461/2016 de 20 de junio.

4. Catedrático de Derecho Romano, Conselleiro de la Xunta de Galicia y decano de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña (https://gl.wikipedia.org/wiki/Alejandrino_Fern%C3%A1ndez_Barreiro)
5. Resulta interesante el estudio La equidad en Santo Tomás de Aquino según Abelardo Rossi (Universidad Católica de Argentina) entre otras cosas, por la definición del protocolo de tratamiento equitativo de cada caso concreto, al que volveremos más adelante. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/4137/1/equidad-santo-tomas-abelardo-rossi.pdf>
6. Derecho romano y derecho europeo. Derecho Inglés. Dentro de la obra Derecho privado romano. García Garrido, Manuel Jesús. Dykinson 1998.

la prevención del enriquecimiento injusto, aunque con más limitaciones que en el pasado⁷.

Por su parte, y sin entrar en mayores profundidades en este apartado, en nuestro ordenamiento jurídico, aunque la Constitución de 1978 no menciona expresamente la

Equidad como principio general del derecho, nadie cuestiona que, en abstracto, está implícita en su concepto holístico⁸.

2.2. UNA PERSPECTIVA SEMÁNTICA

Como explica de una forma detallada MUÑOZ DE LA CUESTA⁹, hasta la etimología del concepto jurídico de la Equidad se constituye como algo indeterminado, sin ser capaz de aterrizar con precisión si su origen parte de la *aequitas* latina o de la *epiqueya* griega. La una nos lleva a la sintonía con la igualdad y la otra, hacia la medida. Como casi todo en la vida, el mestizaje histórico de ambos términos y de los muchos matices que vinieron después (los intangibles), parece haber llevado a su significado actual hacia un sentido profundo de «encaje justo» o «trato equilibrado».

Según la Real Academia Española de la Lengua, la Equidad es, en lo que respecta a lo aquí tratado, la identificación de la Justicia natural, por

-
7. Libro I. Introducción al *Common Law* (College Sidekick), Los orígenes de la equidad. De interés, la traducción realizada por Ruth Gámez y Fernando Cuñado.
 8. Existen muchos trabajos interesantes sobre la aplicación concreta de la Equidad en nuestro derecho, pero por todos, me resulta de interés señalar La equidad más allá del artículo 3.2 del Código civil, HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Castán Vázquez (Editorial Reus 2019): «... la equidad o bien presupone la ley como factor de ponderación en todo acto de aplicación normativa (primer período del art. 3.2 del Código civil), integrándose de forma armónica en aquello que es derecho para una concreta sociedad en un momento dado, sin contradicción posible; o bien la presupone como instancia de remisión desde la que se permite que una decisión descanse en ella (segundo período del art. 3.2 del Código civil), en cuyo caso tampoco cabe la contradicción radical entre la equidad y las normas imperativas del ordenamiento, como si estas no existieran, porque, por definición, esa violación normativa, procedente del «ejercicio» o aplicación de la equidad, sería inconsistente con la propia remisión dispuesta en una norma, cuando menos si el rango jerárquico formal de la norma de remisión no es superior al de la norma imperativa básica vulnerada. No hay contraposición posible entre equidad y ley. La equidad sigue siendo un ingrediente esencial del Derecho mismo».
 9. MUÑOZ DE LA CUESTA, J. Equidad. Aproximación a la definición de un concepto jurídico indeterminado a través de sus límites. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 2022.

oposición a la letra de la ley positiva, así como la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. No hay que hacer mucho esfuerzo para encontrar el espíritu aristotélico en los significados del término que muestra nuestro diccionario. En una dirección semejante, encontramos múltiples definiciones más o menos académicas todas en ese mismo sentido.

En otros países de nuestro entorno, vemos como en Reino Unido, el Oxford English Dictionary define *equity* como «*The quality of being equal or fair*». Le Petit Robert francés define la *Équité* de una forma mucho más poética, catalogándola de inicio como una «virtud»: «*Vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste (s'oppose à iniquité)*». Algo semejante podemos encontrar en el Duden alemán.

Otra prueba irrefutable del entendimiento general del concepto lo vemos en la literatura, desde la clásica hasta nuestros días. Sófocles en *Antígona* confronta la ley humana con la ley moral. Antígona desobedece el edicto de Creonte por fidelidad a un principio superior de Justicia y Equidad: el respeto a los muertos. En el *Mercader de Venecia*, Shakespeare plantea un dilema moral: Shylock exige el cumplimiento literal de un contrato incumplido—una libra de carne del propio deudor—, mientras que Portia, la falsa abogada del deudor introduce la misericordia como forma de Equidad que salva a Antonio. La escena es un emblema de cómo la Equidad puede corregir la letra implacable de la ley¹⁰. Ejemplos como los anteriores, donde la inflexibilidad de la Ley la convierte en injusta, se los veremos a Victor Hugo (Los miserables), Charles Dickens (Oliver Twist) o Benito Pérez Galdós (Fortunata y Jacinta).

Como hemos visto, lo más singular de todo es que, incluso en el lenguaje común, sin necesidad de identificar ningún argumento de referencia, todos sabemos que la Equidad se asocia a dar un trato justo entre personas, sin favoritismos, evitando desigualdades. Sin embargo, un concepto tan reconocible durante siglos, al margen de fronteras y al margen de escenarios, encontramos que muchas veces no se traslada de forma inmediata a la realidad legal del día a día, y todo ello, en aras de un supuesto interés general que suele convertirse en un concepto mucho más indeterminado que la propia Equidad.

10. El mercader de Venecia. Shakespeare, W. «*La justicia pide misericordia. Y esa misericordia no se impone: cae como suave lluvia desde el cielo sobre el lugar que la recibe*».

3. PROTAGONISTAS DE LA EQUITAD

3.1. LAS PERSONAS

Indiscutiblemente, a nadie se le puede escapar que sobre la Equidad subyace de forma clara una pátina de subjetividad de contexto, creada en base a la experiencia personal colectiva de generaciones y generaciones.

Tal y como explica GRANDE YÁÑEZ¹¹, la ética se constituye como una realidad vivencial, que no se constituye como un hecho momentáneo, sino continuado en el tiempo, en las experiencias de las personas. Y esas vivencias no solo son cuestiones meramente fácticas, como acontecimientos concretos que pueden imprimir carácter a nuestras decisiones, sino de decenas y decenas de interacciones propias y ajenas, individuales y colectivas, que van formando nuestra concepción de la Justicia y, por ende, de la Equidad. Esos acontecimientos aparentemente menos palpables pero que moldean nuestra valoración de si la Justicia está cumpliendo los necesarios estándares de Equidad, son sobre los que he querido profundizar bajo el nombre de los intangibles.

Estos son claramente cambiantes con el tiempo, pues más allá de las grandes coordenadas universales y atemporales del bien y del mal, la noción de los intangibles y el entendimiento de los mismos por las personas no es ni unívoco ni absolutamente constante en el tiempo. La percepción que tiene el común de los mortales, hoy en día, sobre la Justicia equitativa entre ricos y pobres es bien diferente a la que tenían nuestros antepasados en el siglo XII; mucho más cerca en el tiempo, la Equidad en el trato de las personas por distinción de género en nuestro país hace ochenta años era bien diferente a la percepción social actual; y aún mucho más actual, la conciencia de justicia social derivada del impacto del cambio climático es palmaria, al punto de constituirse como principio de aplicación la equidad intergeneracional¹², cuando hace tan solo dos décadas difícilmente se podría considerar como un intangible de dimensión social.

-
11. GRANDE YÁÑEZ, M. Equidad y sentido de justicia. Dykinson 2021. «*Hablamos de ética en el Derecho por razón de la equidad, pero no tanto de una ética deductiva que llega a su última escena, sino, mejor, a una ética creativa y vivencial que en el tiempo tiene que dar respuesta a un conflicto. De este modo, la equidad puede encontrar un nuevo discurso en el que no se vea presa del dogmatismo ni anulada por el logicismo formal*».
 12. Preámbulo del Acuerdo de París: «(se establece el) reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades

Que esta realidad social impacta de plano en la conciencia del trato equitativo de las personas es un hecho evidente a lo largo de los siglos. Quizás, en el mundo algo más desarrollado, pudiera parecer, por ejemplo, que la conciencia de clase se ha devaluado a la hora de hacernos entender que ya no existe una Justicia para pobres y otra para ricos, desde la perspectiva de una mayor igualdad social. Es evidente que este argumento tiene sus matices. Sin embargo, sí existe una percepción social de diferentes entornos de valoración equitativa (también intangibles) dependiendo del sujeto al que se las aplicamos.

En el ámbito de la energía es un hecho realmente notorio. Las sucesivas modificaciones de retroacción normativa en el ámbito de las energías renovables y muy singularmente de la energía fotovoltaica han tenido una afectación enormemente diferenciada cuando el operador eran familias y particulares de cuando el operador era una compañía de gran dimensión, con capacidad de gestionar y negociar sus activos con la administración de forma que el impacto final de aquellas reformas se diluyese.

Las campañas públicas de captación por la administración de inversión de particulares en energías renovables¹³ y las posteriores medidas de la misma administración ahogando la situación financiera de todos los que habían acudido a aquellos llamamientos, evidentemente, provoca un grado de desafección tal por parte de la sociedad que el sentimiento de Justicia y trato equitativo se resiente de forma severa. Y más cuando, como veremos más adelante, los operadores de mucha mayor entidad, de la mano de fondos de inversión internacional, tuvieron mecanismos de resolución de sus problemas que se encontraban vedados a los ciudadanos españoles.

Para un ciudadano de a pie, la diferencia entre Ley y Justicia (nótese que en esta ocasión he decidido poner el primer término también con mayúscula), no cabe que pueda ser tan distante. Ya no se trata de simple bonhomía, sino de sentido común. Si los intangibles que interaccionan constantemente con las personas no confluyen en una decisión entendible, el proceso de confianza en el sistema se rompe. Esta es una realidad insoslayable que percibimos en la actualidad. Y lo más dramático de todo es

locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional».

13. El sol puede ser tuyo. Instituto para la Diversificación y Ahorro en la Energía (IDAE) 2008 [https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_EL_SOL_PUEDE_SER_SUYO_-_FV_nov08_FINAL_12-01-2009_\(2\)_b6ef3ccd.pdf](https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_EL_SOL_PUEDE_SER_SUYO_-_FV_nov08_FINAL_12-01-2009_(2)_b6ef3ccd.pdf)

que, las fisuras de esas roturas, la sociedad actual parece que solo sabe (o quiere) cubrirlas con masilla partidista. Un porcentaje desafortunadamente relevante de nuestra sociedad no parece querer responder a su valoración de lo que es justo o no es justo, a lo que es equitativo o no lo es, en base a criterios naturales de conciencia y conocimiento, sino a los inspirados de forma calculada por el entorno político en el que parece que se encuentra confortable.

Este solemne y endémico disparate aleja la conciencia social de valoraciones críticas basadas en la experiencia vivencial de cada uno, que sumadas a las de los demás, serían lo que amalgamarían la conciencia colectiva. Sin embargo, ahora parece que la conciencia de partido (en su concepción más amplia) es la que hay que insuflar al individuo para que sean sus bases de interpretación.

Desde la perspectiva de mi experiencia profesional, he tenido la oportunidad de presenciar en primera persona este ciclo perverso de persuasión colectiva. Agrupaciones políticas que remiten de forma reiterada y masiva a sus seguidores y a medios de comunicación realidades falsas que crean intangibles valorativos, a sabiendas de que no son reales, por intereses evidentemente particulares de ese grupo político y en muchas ocasiones, me atrevería a decir que por intereses «de» particulares de dichos grupos políticos. Dichos mensajes enraízan en esos colectivos y se extienden como la pólvora en la masa social de tal forma que, cuando hay un rebaño crítico aceptante de aquellas falsedades, los cuadros principales que las habían introducido se jactan de haber tenido razón desde el principio, olvidándose incluso de su falsedad primigenia.

Lo mismo sucede con los poderes económicos, que generalmente interactúan en la creación de contenido interesado en la conciencia social, para influir no solo en la elaboración de las normas, sino en la propia interpretación equitativa de las mismas, llegando a secuestrar, como dice CHAVES GARCÍA¹⁴, el interés general.

En el mundo de la energía, esta realidad se ha ensanchado enormemente en los últimos años. La incidencia ambiental de las energías renovables y de la participación ciudadana en uno de los sectores económicos más importante del país han provocado situaciones de un paroxismo tal que resulta difícil llegar a su entendimiento. No hace muchos años, existía una

14. CHAVES GARCÍA, J. R. Sentido y sensibilidad del Derecho Administrativo. La Ley soluciones legales 2024.

tendencia social que empujaba a considerar no equitativo que una persona fuese autoconsumidora de electricidad con una su instalación fotovoltaica, pues se la consideraba insolidaria con el resto de consumidores que sí soportaban íntegramente su cuota proporcional de costes del sistema eléctrico consumiendo toda su electricidad de la red; más o menos por el mismo período, se consideraba por un sector muy relevante de la sociedad, que había sido un grave error introducir a los ciudadanos como nuevos operadores de generación en el sistema eléctrico, pues su complejidad, precisaba de la exigencia de grandes empresas integradas que diesen seguridad al mantenimiento del sistema; de igual manera, cierta conciencia social inducida, ha empujado a muchísimas personas a considerar que la transición a un cambio de los procesos de generación eléctrica fósil, a fuentes de origen renovable, no era una necesidad imperiosa, por sus singulares cuestionamientos de la verosimilitud de la existencia del cambio climático.

Todos los anteriores son intangibles que se posan en la conciencia de la gente, y esas realidades inducidas se convierten en sugerencias devastadoras para la interacción de la equidad en el día a día de las personas, sobre todo porque de personas están formados los dos grupos siguientes de los que hablaremos a continuación, que inexorablemente se ven influenciados por los intangibles inducidos y sobre todo porque cada vez parece haber una menor masa crítica dispuesta a tener un criterio propio basado en intangibles salidos de su experiencia, de su análisis y de su conciencia.

3.2. EL LEGISLADOR

El legislador en todas sus vertientes, funcionales y territoriales, parece evidente que se constituye como un sujeto cualificado de interpretación de la Equidad y, por tanto, con una afectación extraordinaria en el impacto de los intangibles que la rodean y de los que tiene que hacer uso.

Haremos una especial incidencia en que, cuando hablamos de intangibles como elementos que se incorporan al juicio de decisión de una persona, cualificada o no, no nos estamos refiriendo de forma subrepticia a alguna suerte de maledicencia corrupta que pretende anular el juicio, en este caso, del legislador. Esa posibilidad, por supuesto existe en todos los márgenes de la vida, pero en lo que a este estudio respecta, únicamente focaliza la atención en todas aquellas situaciones, impulsos, prejuicios, conocimientos, incluso sensaciones que el medio circunda a quien tiene que decidir sobre si una decisión de creación normativa, aun superando el análisis de legalidad, pudiera no aprobar el juicio de equidad.

MUÑOZ DE LA CUESTA, interpretando a Santo Tomás de Aquino¹⁵ señala la identidad de la ley únicamente como un proceso instrumental para alcanzar la Justicia, a la que en ocasiones no llega, teniendo que hacer uso de la propia equidad. Y en esta realidad tomista tan irrefutable, en territorios de actuación tan complejos y con intereses tan divergentes como la energía, la dificultad de análisis, sin duda, es manifiesta.

Generalmente es el legislador ordinario el actuante de este ejercicio de equilibrismo jurídico con riesgo de bordear el abismo de la no Equidad. Los ejemplos han sido y siguen siendo muy comunes en la regulación energética. En el ciclo de reforma regulatoria de la década pasada¹⁶ que llevó las diferentes normas implicadas ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en un número de procedimientos judiciales de centenares, los agentes implicados pudieron percibir en infinidad de matices, cuán alejada se puede encontrar la legalidad y la Equidad.

Vamos a realizar un ejercicio de interiorización del legislador de ese momento concreto, para ver qué análisis pudo haber o no haber hecho al respecto del cumplimiento del principio de Equidad en su actuación, y qué intangibles pudieron o debieron afectar a su juicio para tomar las decisiones que tomó. A partir de ahí, intentaremos extraer conclusiones que aporten mejoras al debate.

En un momento complicado para el sistema eléctrico, en el cual un nivel del endeudamiento originado tiempo atrás, por otra decisión normativa que permitió reducir el coste de la factura eléctrica trasladando esos ahorros a los consumidores futuros, y con una expectativa de gasto a corto y medio plazo muy alta debida a la profusión de nuevas centrales de generación renovable con retribuciones primadas a instancia de la normativa europea, el legislador decide, bordeando otros conceptos que

15. MUÑOZ DE LA CUESTA, J. Equidad. Aproximación a la definición de un concepto jurídico indeterminado a través de sus límites. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 2022: *«la Ley es algo puramente medial para conseguir la Justicia y el Bien Común, pero es limitada. A donde no llega la Ley para lograr la Justicia y el Bien Común, está la Equidad»*.

16. Fundamentalmente provocado por 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; por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y 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.

aquí no vamos a tratar¹⁷ recortar de forma drástica la retribución de aquellas instalaciones que parecían garantizadas mediante las normativas de implantación que habían sido aprobadas unos años antes.

El proceso a todas luces no parecía fácil. La imperiosa necesidad de restringir el gasto precisaba la valoración de múltiples consecuencias, todas poco ventajosas, sobre las que había que establecer algún tipo de rango de medición de la proporción de impacto a repartir entre los diferentes operadores.

El artificio jurídico sobre el que se montó el recorte osciló sobre dos conceptos: la rentabilidad razonable garantizada (concepto ya establecido en la Ley del Sector Eléctrico anterior) y los estándares de inversión. Por un lado, se estableció una ficción sobre el concepto de que el espíritu de la norma que se iba a modificar no garantizaba una retribución definida concreta, sino una rentabilidad mínima que no se podría alterar, y por otro, y si cabe más importante, que para hallar el cálculo de dicha rentabilidad, se aplicaban a todas las centrales del país, unos estándares de inversión y operación predefinidos que podían coincidir o no con los reales, pero que en la mayor parte de los casos, se encontraban por debajo del valor real de inversión de los agentes, sobre todo, de los más pequeños. El resultado de este proceso supuso recortes en la retribución de las plantas de hasta el 40% de los ingresos que venían cobrando los productores, poniendo a miles de ellos en una situación financiera muy delicada.

El recorte no fue unívoco para todos los operadores puesto que el legislador, sin duda aplicando un ejercicio de Equidad, decidió aplicar mayor recorte a las plantas más grandes porque entendía que, por economía de escala, habían realizado proporcionalmente inversiones más reducidas que los titulares de plantas pequeñas. Entonces, ¿qué pudo fallar en tal juicio? Los intangibles.

El legislador no fue capaz de entender en ese momento que, la diversificación de impacto en el recorte no tenía que ver tanto con el tamaño de la planta como con el tamaño del operador. El desarrollo incentivador de la

17. Existe mucha literatura jurídica sobre la legalidad de la reforma eléctrica de esos años, entre la que destacamos: NARBÓN FERNÁNDEZ, J. Riesgo regulatorio y principio de confianza legítima en el ámbito de las energías renovables. ARANZADI 2023; Riesgo regulatorio en las energías renovables; Parejo Alfonso, L., Castro-Gil Amigo, J. y otros; Thomson Reuters Aranzadi 2015 y Riesgo regulatorio en las energías renovables volumen II; Castro-Gil Amigo, J., de la Quadra Salcedo, T. y otros; Thomson Reuters Aranzadi 2016.

inversión anterior había propiciado que ciudadanos y pymes adquiriesen masivamente participaciones en plantas grandes, pero sin beneficiarse en modo alguno de economías de escala, de las que seguramente ya se habían beneficiado antes los promotores de las centrales (generalmente grandes compañías).

Tampoco fue capaz de tener la sensibilidad suficiente para comprender que, no era un trato equitativo igualar la posición ni el trato de inversores particulares a los que la propia publicidad institucional había cautivado, con operadores convencionales con recursos muy diversificados para poder sanear una situación compleja como la que se provocó¹⁸.

Y por último, no consideró que la dificultad de explicar aquel giro normativo a una masa ciudadana tan grande, ajena hasta ese momento al mundo de la energía, podría provocar una desconfianza relevante en el sistema de tránsito hacia la generación renovable que venía desde Europa como exigencia para mitigar los efectos del cambio climático.

El pequeño tamaño de decenas de miles de operadores, la evidencia de que todos ellos habían llegado allí por impulso de la propia administración, o los efectos que esa decisión podrían tener en la confianza ciudadana en un proceso tan importante como el del abandono de la generación fósil eran intangibles que el legislador no consideró necesario incorporar en su juicio de decisión, provocando que el mismo se convirtiese en injusto, por no equitativo.

Quien escribe estas palabras, tiempo después, tuvo la oportunidad de escuchar a uno de los artífices principales de aquellas reformas sugerir que *«quizás, tendrían que haber utilizado una brocha más fina con los pequeños»*. Quizás.

En cualquier caso, como aprendizaje de este análisis, me quedo con la necesidad de colorear un poco más lo que GRANDE YÁÑEZ define como *finura de la Justicia práctica*¹⁹. Es un recurso legítimo el modificar situaciones jurídicas predefinidas dentro de los parámetros marcados por la convención jurídica (período de transición, negociación, medidas resarcitorias y que no exista retroacción de derechos consolidados), y vamos a aceptar, aunque solo sea para poder avanzar en este ejercicio, que todos ellos fueron tenidos en cuenta por el legislador. Acudir a un recurso práctico de

18. Una vez más, Aristóteles: *«Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales»*.

19. GRANDE YÁÑEZ, M. Equidad y sentido de justicia. Dykinson 2021.

incorporar estándares de recorte, dependiendo del tamaño de la instalación es la aplicación de un criterio equitativo sobre un intangible concreto, la economía de escala en el coste de cada planta²⁰, pero la evidencia demostró que aquel no era un elemento suficiente para cubrir la secuencia de trato equitativo de aquella decisión. No basta con que el legislador se autoconvenza de que ya está aplicando intangibles, si aquellos no le conducen a una situación justa. Es preciso que profundice más en el impacto global de sus decisiones, pero no ya como una cuestión emocional, sino de exigencia de método. El legislador no solo debe preguntarse si es legal lo que está proponiendo, también debe de preguntarse si es justo, si es equitativo, y después decidir.

3.3. LOS TRIBUNALES

«Allí donde hay espacio para la valoración subjetiva del juez, tiene entrada la equidad. Hay ámbitos donde la insuficiencia de reglas preestablecidas, o la complejidad del caso, o las fuentes probatorias concurrentes y contradictorias, empujan al juez a ejercer en sentencia el llamado prudente arbitrio. Es ahí donde existe una llamada a la sensatez del juez como última razón de la justicia». De esta manera brillante define CHAVES GARCÍA²¹ la necesaria entrada de la Equidad en la actuación de los tribunales.

Como hemos visto en la actuación de los sujetos anteriores, la intervención del trato equitativo en la toma de decisiones de los operadores jurídicos se encuentra siempre presente en la alacena de los condimentos, con independencia de que se acuda a ella en mayor o menor medida.

Más allá de las aparentes menciones limitativas del artículo 3.2 del Código Civil²² que solo habilitan al juzgador a ejecutar un juicio de Equidad cuando la ley al efecto se lo permite, la realidad es que, lo que indica imperativamente (*«habrá de ponderarse»*) es que la Equidad debe en todo momento acompañar a la ley para la toma de decisiones de cualquier tribunal. En esa misma dirección, ya en el ámbito energético, hemos visto

20. Existían otros criterios para la definición de los estándares, pero ninguno con la incidencia diferencial del tamaño de las instalaciones.

21. CHAVES GARCÍA, J. R. Sentido y sensibilidad del Derecho Administrativo. La Ley soluciones legales 2024.

22. Artículo 3.2 Código Civil. *«La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».*

como la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acudido en un número relevante de ocasiones a la aplicación del criterio de proporcionalidad bajo el amparo del artículo 1105 del Código Civil²³. En estos casos, la actuación diligente de los operadores, por un lado, y la imposibilidad manifiesta del cumplimiento de hitos por parte de aquellos, por otro, les ha eximido de la expulsión del registro de instalaciones con régimen retributivo (antes régimen especial)²⁴ en algunos supuestos en los que sus instalaciones no fueron puestas en marcha dentro del taxativo plazo concedido administrativamente. La Sala Tercera era perfectamente conocedora de que la norma establecía una fecha fin en concreto que los operadores de generación no podían sobrepasar para poner en funcionamiento sus plantas; sin embargo, también fueron capaces de entender que existían intangibles que había que tener en cuenta cuando, por culpa de terceros, aquella obligación era de imposible cumplimiento.

No es este el momento de definir aquel proceso, ni de desgranar el cómo ser capaces de evaluar la imposibilidad de una acción, simplemente queremos evidenciar que, los matices de cualquier valoración pueden y deben influir en el resultado final, sin miedo a que ello aparte de la legalidad a un fallo judicial.

23. Artículo 1105 Código Civil: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

24. Aunque ha habido otras muchas posteriormente, incluso que han matizado la inicial, incorporamos la primera sentencia que resolvió los procesos de expulsión del registro de instalaciones de generación con régimen primado, a aquellas plantas que aun llegando a su puesta en marcha fuera del plazo concedido por la norma administrativa, el Alto Tribunal, en aplicación del artículo 1105 y del criterio de proporcionalidad, entendió que la expulsión del registro no era justa ni equitativa; Sentencia Tribunal Supremo Sala 3.ª Sección 3.ª de 7 de julio de 2017 07/07/2017 (Recurso: 161/2016): «En relación con la primera cuestión, con la corrección del error de transcripción padecido en el auto de admisión, que se refiere a la cancelación de la inscripción definitiva en el RAIPRE, cuando debe referirse a la cancelación de la inscripción en el Registro de preasignación de retribución, la Sala estima que dicha cancelación no resulta procedente cuando, aun habiéndose superado objetivamente el plazo de 12 meses establecido para la inscripción, el retraso no se deba a circunstancias imputables al solicitante, que ha cumplido por su parte todas las obligaciones que le corresponden, determinadas por el artículo 8.1 del RD 1578/2008, esto es, ha solicitado la inscripción con carácter definitivo ante el órgano competente, acompañada de toda la documentación exigible y ha comenzado a vender energía eléctrica, en el plazo establecido por el precepto de 12 meses, sino que el retraso sea debido a la tardanza del órgano administrativo competente en resolver la citada solicitud de inscripción con carácter definitivo que el interesado presentó en plazo».

En esa misma dirección, años atrás, el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 2001²⁵, resolviendo un famoso procedimiento al respecto de los conocidos como Costes de Transición a la Competencia, venía a moldear el principio de confianza legítima en base al entendimiento de que los operadores energéticos convencionales, por su importante dimensión y capacidad técnica, incluso por sus relaciones con el poder, tenían que haber sido capaces de prever modificaciones legislativas posteriores que afectaban a su situación retributiva. Como en el caso anterior, sin entrar en detalles del proceso, sólo ponemos el acento en que el Alto Tribunal entendió que el tamaño y el poder del sujeto era un intangible suficientemente relevante como para utilizarlo de clave de bóveda de su resolución. En ese asunto, las modificaciones normativas podían afectar a la seguridad jurídica y la confianza legítima del demandante, sin embargo, los matices que le rodeaban hacían interpretar al juzgador, que su conocimiento técnico y jurídico, así como su poder influyente hacían imposible entender que no pudiese haber previsto aquella situación.

Años más tarde, al ardor de las modificaciones normativas en el sector eléctrico surgidas entre 2010 y 2014, ese criterio fue mantenido por el Tribunal Supremo ante los cientos de recursos que litigaron contra nuevos cambios normativos. Desgraciadamente, en aquel momento, no se quiso valorar un nuevo y crucial intangible relacionado con el tamaño de los operadores. Si en el año 2001 se consideró que el gran tamaño de las empresas integradas actuantes era un hecho relevante en la toma de decisión del fallo, parece que hubiese tenido todo el sentido que, el minúsculo tamaño de las decenas de miles de nuevos operadores de generación hubiesen tenido igualmente la necesidad de ser tratados, desde el punto de vista de la equidad, de una forma diferente a la de sus congéneres mayores, ante el evidente intangible de que, por su tamaño, no tenían ni la capacidad

25. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª Sección 3.ª de 11 de junio de 2001 Recurso 117/2000: «Por lo demás, 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 solo 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».

técnica, ni jurídica, ni influyente que se les imputaba, para prever tantos cambios regulatorios posteriores.

Ese trato equitativo diferenciado, también en el ámbito del acceso a la Justicia, se evidenció poco tiempo después con los procesos arbitrales bajo el auspicio de la Carta de la Energía²⁶. La diferenciación de trato y resultado entre las resoluciones de los tribunales nacionales que aceptaron de plano las múltiples modificaciones con diferentes grados de retroacción, y los resultados obtenidos por los fondos internacionales que acudieron a los tribunales arbitrales del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) por la incidencia que en sus activos tuvieron las mismas modificaciones normativas que reclamaban los inversores españoles han causado, desde una perspectiva de equidad, una brecha bastante evidente.

Por una parte, nos encontramos con la diferencia de trato en el acceso a la jurisdicción arbitral exclusivamente para los inversores extranjeros. Es un debate aparentemente superado hace tiempo, la posibilidad de que exista una jurisdicción ajena al ámbito nacional, generalmente mediante la vía de un arbitraje internacional, en la que se diriman las cuitas entre Estados modificadores e inversores de otros países. Ese salto amparador de las inversiones extranjeras, que superó la que se conocía como doctrina Calvo²⁷, a la existencia de foros internacionales alrededor del Banco Mundial o de diferentes Cámaras de Comercio internacionales, se fue fraguando mediante diferentes tratados internacionales que les han venido dando carta de naturaleza y legalidad.

Decíamos que «aparentemente» era un debate superado en el tiempo, ya que como se ha explicado en esta monografía, sentencias relevantes del

26. En el presente trabajo colectivo se desgrana con detalle el contenido del Tratado conocido como Carta de la Energía, tanto en «*El trato diferenciado de los inversores nacionales y extranjeros en instalaciones de generación de electricidad mediante energías renovables: un problema precisado de solución en términos de equidad*» de PAREJO ALFONSO como en «*El arbitraje internacional de inversiones desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea; en particular, los principios de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad*» de ESTELLA NORIEGA, por lo que me remito a los mismos por no resultar reiterativo.

27. La Doctrina Calvo (Carlos Calvo 1824-1906), es una doctrina Derecho internacional que establece que la obligatoriedad de los inversores extranjeros de realizar sus reclamaciones sometándose a la jurisdicción de los tribunales locales del país donde realizan las inversiones, evitando recurrir a otros mecanismos de presión. De interés «El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global: una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano», Rodríguez-Arana Muñoz, J. y Hernández G. J. I. Instituto Nacional de Administración Pública 2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸ han limitado bastante la aplicación de determinados procesos, sobre todo cuando el inversor reclamante lo es de nacionalidad comprensiva a la Unión Europea.

En cualquier caso, y a los efectos que nos ocupa, la realidad subyacente es que, para los inversores nacionales, los procedimientos judiciales surgidos a partir de la conocida como reforma eléctrica, fueron todos desestimatorios, sin embargo, hasta 26 procedimientos arbitrales interpuestos por la misma causa ante el CIADI por parte de los inversores extranjeros han resultado estimatorios para estos últimos. Si a esto le añadimos que, en el procedimiento principal resuelto por el Tribunal Supremo sobre las principales normas originadores de los procesos judiciales y arbitrales, la Sala resolvió con tres votos particulares²⁹ frente a los cuatro votos que desestimaban la pretensión de algún grado de ilegalidad de las normas, no parece que exista mucha duda que la generación de un cuestionamiento sobre la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (en su totalidad fondos de inversión o grandes compañías) es mayúscula.

Tal y como hicimos en el apartado anterior, y con el mismo objetivo de obtener alguna reflexión de interés que nos pueda servir de análisis, vamos a mantener la figuración de entrar dentro de la *psique* de la Sala cuando abordó la resolución de este proceso, desde la perspectiva de la Equidad.

Que los magistrados que emitieron aquellas resoluciones conocían tanto la normativa de aplicación como la jurisprudencia sobre el particular no nos cabe duda. Asimismo, que alrededor de su decisión oscilaban valoraciones con importantes matices a considerar, lo evidencia la existencia de votos particulares en los fallos; que tenían que sentir la influencia evidente de intangibles tales como la difícil situación en la que se quedarían miles de pequeños operadores que habían decidido invertir en las promociones auspiciadas por el propio gobierno también es razonable pensarlo; que aquellos cambios normativos iban a tener influencia internacional también es imposible que se les escapara... pero ¿qué intangible tuvo tanto peso como para hacer oscilar la interpretación de la Sala hacia la desestimación de los cientos de demandas? Pues queremos pensar que el interés general.

28. Fundamentalmente TJUE Achmea (C-284/16), Komstroy, (C-741/19), y P. Micula (C-638/19).

29. Los Magistrados Espín Templado, Calvo Rojas y Perelló Doménech suscribieron sendos Votos particulares a la decisión de la Sala Tercera en cuanto a la consideración de retroactividad prohibida en algunas de las consideraciones instadas por los recurrentes.

El interés general parece concebirse en este tipo de procesos de gran relevancia económica como un intangible de cierre de filas *pro administrative*. Es bastante habitual que, en aras de dar cierto grado de estabilidad a los vaivenes del legislador, los tribunales administrativos auspicien de una forma más o menos definida la benevolencia con el actuar legislativo. Cuando una norma parece haber caminado un poco más allá de una línea que no se debía traspasar, y dicha incidencia puede provocar un quebranto importante en el erario público, parece que existe cierta querencia en el ámbito contencioso a permitir cierto tipo de licencias, por un interés mayor. Como diría el Capitán *Louis Renault* en Casablanca, parece mejor *detener a los sospechosos habituales* que investigar con algo más de detalle quién ha sido el culpable.

Desde luego, contemplar el intangible del interés general, considero que es un parámetro interpretativo plausible, pero de ahí a que se contemple como un argumento subyacente que sea capaz de solapar el resto de intangibles necesarios para una correcta valoración de la *litis* me parece un ejercicio demasiado arriesgado. Y lo es porque, en realidad, el interés general no deja de ser un intangible, un concepto jurídico indeterminado que puede y debe ser evaluado desde muchos más prismas que la mera asunción del criterio de la administración emisora. Sin ir más lejos, los magistrados disidentes del fallo, con total seguridad que también tenían presentes la necesidad de aplicar el interés general y, sin embargo, opinaron diferente.

Por eso es tan relevante el incorporar el juicio de Equidad con todas sus tonalidades a la hora de tomar una decisión judicial que afecta a tantas personas y a tantos intereses contrapuestos, sin dar por sentado que, por resultar gravoso a corto plazo para las arcas públicas, pueda considerarse una mala decisión, no darle la razón al legislador.

Quizás sea un buen ejercicio entender que, por ejemplo, todos los procedimientos arbitrales que el Reino de España ha estado perdiendo, tuvieron protocolizados los conocidos como estándares de Trato Justo y Equitativo, por los cuales, los Estados estaban obligados a tratar a los inversores extranjeros de forma justa, razonable, imparcial y no discriminatoria. Dice el laudo del Caso CIADI No. ARB/15/36 (555)³⁰: «El Tribunal considera que la proporcionalidad puede considerarse como un elemento inherente a la hora de equilibrar los intereses del Estado regulador y los intereses de los inversores en la evaluación de las obligaciones de estabilidad, así como las expectativas legítimas». Más adelante hablaremos de

30. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4806/DS12832_Sp.pdf

ESTUDIOS

En las últimas décadas no ha sido la Equidad uno de los conceptos que mayor profusión ha tenido como objeto de debate jurídico. Salvo honrosas excepciones, parece que la sensibilidad de los autores no ha considerado el juicio de Equidad como un bien en peligro de extinción, al que fuese preciso darle lustre.

Sin embargo, también en las últimas décadas, en el ámbito de la energía, hemos comprobado como, por un lado, la actuación legislativa, y por otro, la revisora judicial posterior, no siempre han parecido contemplar el juicio de equidad como un elemento necesario en la elaboración jurídica. Normativas comparativamente mucho más gravosas para los pequeños operadores que para sus congéneres de gran dimensión o laudos internacionales favorables a grandes operadores extranjeros, diametralmente diferenciados a los procesos judiciales interpuestos por pequeños operadores nacionales, son dos de las muchas evidencias de que la Justicia material se rompe demasiadas veces por olvidar de forma cotidiana la intervención de un juicio equitativo en la valoración normativa.

Este trabajo pretende objetivar esta realidad y proponer mecanismos admonitorios para constatar la necesaria presencia de la Equidad en el juicio jurídico.

ISBN: 978-84-1085-403-1

